D. Johann Christian
Quistorps,
Herzogl. Mecklenburg-Schwerinschen Justitzraths und
ordentlichen Professors der Rechte auf der
Universität zu Bützow

Beyträge
zur
Erläuterung verschiedener,
mehrentheils
unentschiedener Rechts-Materien
aus der bürgerlichen
und
peinlichen Rechtsgelahrtheit.

Drittes Stück.

Rostock und Leipzig,
in der Koppenschen Buchhandlung, 1779.

Inhalt
des dritten Stücks.

I. Ob die väterliche Verordnung, vermöge welcher eine Gemeinschaft von den Kindern noch auf gewisse Zeit nach des Vaters, oder der Eltern Tode fortzusetzen ist, für verbindlich und rechtsbeständig zu achten sey? S. 3

II. Ob und in wieferne die Anverwandtschaft die Strafe eines Verbrechens mildere? 12

III. Ob angeschwollene Zinsen zum väterlichen Nießbrauch zu rechnen seyn? 22

IV. Von der Bestimmung des Vorzuges in den Fällen, da das Vermögen eines Angeschuldigten nicht hinreichet, allen denen Befriedigung zu verschaffen, die daran Ansprache haben. 30

V. Ob ein Anwald den Richter verwerfen und zum Verabscheuungs-Eyde zugelassen werden könne? 51

VI. Ob die ästimatorische Klage von den Erben des Beleidigten fortgesetzet werden könne? 62

VII. Ob zur Verbindlichkeit eines Bekenntnisses die geschehene Annahme des andern Theils erfodert werde? 71

VIII. Von der Landesherrlichen Bestättigung in peinlichen und Strafsachen. 82

IX. Von dem Unterschiede unter auszahlen und bezahlen bey genehmigten Geld-Anweisungen. 96

X. Einige Zusätze zu der Lehre von der Verbindlichkeit der Erben, die von ihrem Erblasser verwirkten Geldbussen zu bezahlen. S. 105

XI. Vom stillschweigenden Verboth der sogenannten Quartae Falcidiae. 113

XII. Wann einem Angeschuldigten zur Führung seiner Vertheidigung ein besonderer Sachwald von Amtswegen zuzuordnen sey? 122

XIII. Ob bey einem gerichtlich zu vollziehenden letzten Willen der Testirer die Befugniß habe, hiezu gewisse Glieder des Gerichts zu benennen? 133

XIV. Von den vorzüglichsten Stellen des Römischen und Canonischen Rechts, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird, und von deren heutigen Anwendung. 143

XV. Ob Meyerleute wegen ihres Begehrens, daß ihnen bey Ablieferung ihrer Zinsfrüchte eine Mahlzeit gebühre, bey dem für sich angeführten Besitzstande zu schützen seyn? 188

XVI. Von den zur Sicherheit einzelner Leute, die mit schweren oder leichten Uebeln von andern bedrohet werden, zu nehmenden Maaßregeln. 197

I. Ob

I.

Ob die väterliche Verordnung, vermöge welcher eine Gemeinschaft von den Kindern noch auf gewisse Zeit nach des Vaters, oder der Eltern Tode fortzusetzen ist, für verbindlich und rechtsbeständig zu achten sey?

Weil die Erfahrung lehret, daß gemeinschaftliche Dinge am meisten Zank und Zwietracht zu erzeugen pflegen [a]), so sind auch bekanntlich die Gesetze einer jeden Gemeinschaft dergestalt entgegen, daß sie niemand wider Willen zwingen, in

 der-

a) *L. 77. §. 20. de legat. 2. L. 26. §. 4. de condict. indeb. L. 34. C. de donat. L. 26. de servitut. praed. urbanor.*

derselben zu verbleiben [b]), wenn gleich solche vertragsweise auf immerwährend wäre geschlossen worden [c]). Es stehet vielmehr einem jeden einzelnen Mascopey-Bruder frey, die bisherige Gemeinschaft, auch sogar wider Willen der übrigen, aufzurufen [d]), wenn nur solche Aufrufung sowenig aus betrüglichen Absichten, als um sich mit anderer Schaden zu bereichern, geschicht [e]). Zwar pflegen der Regel nach auch Verträge sonst auf die Erben zu gehen, der Mascopey-Contract aber erlöschet so fort mit dem Tode des Mascopey-Bruders [f]), wenn gleich in desselben letzten Willen, oder auch in dem Mascopey-Contract, ein anderes festgesetzet seyn sollte [g]). Hiebey aber hat es keinen Zweifel, daß der Erbe eines Mascopey-Bruders sowohl dasjenige, was sein Erblasser annoch unvollendet gelassen hatte, zu Stande bringen [h]), als die Schäden und Kosten, weshalb jener

b) *L. 5. C. comm. diuidund.* v. in communione vel societate nemo compellitur inuitus detineri.

c) *L. 14. D. pro Socio.*

d) *L. 65. §. 3. pro Socio §. 4. Inst. de Societat. L. 77. §. 20. de legat. 2.*

e) *L. 17. §. 2. L. 65. §. 5.* und *6. pro Socio §. 4. Inst. de Societat.*

f) *L. 4. L. 52. §. 9. L. 63. §. 10. L. 65. §. 9. pro Socio §. 5. Inst. de Societat.*

g) *L. 1. pr. L. 35. 37. 59. D. pro Socio. L. 14. §. 2. comm. diuidund.*

h) *L. 40. D. pro Socio.* Haeres socii, quamuis Socius non est, tamen ea, quae per defunctum inchoata sunt, per heredem explicari debent, in quibus dolus eius admitti potest.

jener der ganzen Mascopey verhaftet war, ersetzen müsse [i]).

Wenn nun gleich der Satz, daß ein Mascopey-Contract sich nicht auf die Erben erstrecke, seine ungezweifelte Richtigkeit hat, so ist es gleichwohl keinem Zweifel unterworfen, daß derselbe in der Anwendung verschiedene Einschränkungen zulasse. Denn, wenn der Mascopey-Contract sich nicht lediglich auf den Privatnutzen derjenigen, die ihn schliessen, einschränket, vielmehr ein allgemeines, oder öffentliches Interesse mit einschläget, so kann er sowenig einseitig aufgerufen werden, daß im Gegentheil vielmehr die Verabredung und Festsetzung, wie auch die Erben in der Gemeinschaft verbleiben sollen, eine verbindliche Kraft hat [k]). Es verstehet sich inzwischen hiebey von selbst, es müsse völlig entschieden seyn, daß die Aufhebung der Gemeinschaft mit dem Tode der contrahirenden Theile dem gemeinen Besten nachtheilig sey. Denn in Ermangelung eines solchen Beweises, hat es bey dem allgemei-

i) *L. 36. L. 63. §. 8. L. 65. §. 9. pro Socio.*

k) *L. 59. D. pro Socio* v. adeo morte socii soluitur societas, vt nec ab initio pacisci possimus, vt heres etiam succedat societati haec ita in priuatis societatibus ait: *in Societate vectigalium nihilominus manet Societas et post mortem alicuius. c. 6. X. de praebend.* BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 5. Th. 33. n. 2. 4. 5.* STRYCK *in V. M. Tit. pro Socio §. 34.* SCHILTER *in Prax. Iur. Rom. in for. Germ. Lib. 17. Tit. 2. §. 14.*

nen Satz, daß die Mascopey niemahl auf die Erben gehe, lediglich das Bewenden [l]).

Ein Mascopey-Contract kann auch sowenig einseitig aufgerufen werden, daß er vielmehr auf die Erben gehet, wenn er sich bloß auf eine gewisse Zeit, oder auf einen gewissen Umstand, oder auf die Erfüllung dieser oder jener Bedingung beziehet [m]), und es im übrigen an einer rechtmässigen Ursache, ihn dem ohngeachtet aufrufen zu können, ermangelt [n]). Diejenigen Rechtslehrer, welche diese Sätze vertheidigen, berufen sich darauf, daß nicht allein alle solche Verträge, die nicht lediglich gewisse persönliche Zustände zum voraussetzen, auf die Erben gehen, sondern auch besonders den Gesetzen, nach der Erbe eines Mascopey-Bruders dasjenige, was sein Erblasser unvollendet gelassen hatte, zu Stande bringen müsse [o]).

Dasjenige, was überhaupt von einem auf gewisse Zeit geschlossenen Mascopey-Contract gilt, wollen einige Rechtslehrer besonders auch auf Kaufleute

l) LEYSER *Spec. 186. n. 3.*

m) *L. 14. §. 2. comm. diuidund.* v. si conueniat, ne omnino diuisio fiat, huiusmodi pactum nullas vires habere, manifestissimum est. *Sin autem intra certum tempus, quod etiam ipsius rei qualitati prodest, valet. L. 65. §. 6. pro Socio. L. 4. de condit. instit.* LEYSER *c. l. Med. 1.*

n) *L. 14. 16. 65. §. 5.* und *6. pro Socio.* STRVV. *Syntagm. Iur. Ciu. Ex. 22. Th. 41. n. 11.* LAVTERBACH *Coll. Th. Pract. Tit. pro Socio §. 22. 37.* MENCKEN *Th. et Pr. Tit. pro Socio §. 16.*

o) *L. 40. D. pro Socio.*

Kaufleute angewandt wissen, indem sie behaupten, daß deren Erben den von ihrem Erblasser mit andern auf eine gewisse und bestimmte Zeit geschlossenen Handels-Vertrag vor Ablauf solcher Zeit nicht aufrufen können [p]). Denenjenigen Einschränkungen, unter welchen eine Gemeinschaft sich auch auf die Erben erstrecket, wollen andere Rechtslehrer noch folgende Fälle beygefüget wissen, wenn der Mascopey-Contract schon über dreyssig Jahre bestanden, folglich die actio communi diuidundo bereits verjähret worden [q]), oder, wenn man diese, oder jene Sachen nicht sowohl als gemeinschaftliche, sondern vielmehr als eigenthümliche innerhalb der in den Gesetzen bestimmten Frist besessen habe [r]); oder wenn die Auseinandersetzung nicht ohne viele Schwierigkeiten geschehen könnte; oder wenn aus vernünftigen Gründen z. B. zur Erhaltung des Ansehens der Familie, etwa vertragsweise festgesetzet worden, daß die Gemeinschaft nicht aufgehoben werden solle, oder wenn gewisse gemeinschaftliche Güther von einem der Mascopey-Brüder aus ungebührlichen Absichten veräussert, oder vermöge einer langen Gewohnheit untheilbar geworden seyn mögten [s]). Obwohl verschiedene Rechtslehrer [t]) zu den Fällen,

p) WERNHER *P. 1. Obs. 167.*

q) MEVIVS *P. 9. Dec. 157.*

r) *L. 1. §. 1. C. de annal. except.* PVFENDORF *T. 2. Obs. 42.*

s) *L. 12. de alienat. iud. mutand. caus.*

t) WERNHER *P. 1. Obs. 167.* BRVNNEM. *ad L. fin. C. comm. diuidund.*

len, da die angefangene Gemeinschaft sich auf die Erben erstrecket, auch den Fall zu rechnen pflegen, da solches von dem Erlasser eydlich versprochen worden, und dabey kein Zank und Zwietracht aus einer solchen Fortsetzung zu befahren ist u), so wollen gleichwohl andere aus besseren Gründen, daß eine solche eydliche Versicherung des Erblassers, in Absicht der Erben an und für sich betrachtet, von keiner verbindlichen Kraft seyn könne x).

Es entstehet inzwischen noch besonders die Frage: ob auch die väterliche Verordnung, mittelst welcher die Kinder zur Fortsetzung einer gewissen Gemeinschaft auf eine bestimmte Zeit angewiesen werden, zu den bisher angeführten Einschränkungen und Ausnahmen gerechnet werden könne? Zwar kann in dem Fall, wann eine solche väterliche Verordnung das wahre Beste der Kinder nicht zum Endzweck haben, vielmehr ihrem Interesse nachtheilig seyn, und wohl gar zu Zank und zur Zwietracht Anlaß geben möchte, und das eine, oder andere seine ausgemachte Richtigkeit hätte, als an sich ungereimt nicht bestehen und keine verbindliche Kraft hervorbringen y), im übrigen ist sie indessen der Regel nach verbindlich, und mag auch sogar alsdann, wann die Kinder sämtlich volljährig sind, nicht angefochten werden. Da auch

u) *Arg. cap. 28. X. de Iureiur.*

x) *L. 63. §. 10. pro Socio.* SCHILTER *c. l. §. 17.*

y) *L. fin. C. de bon. quae lib.* MEV. *P. 5. Dec. 67. n. 12.* PUFENDORF *Tom. 3. Obs. 11.*

auch für Eltern die Vermuthung waltet, daß sie bey allen ihren Anordnungen, die sich auf ihre Kinder beziehen, das wahre Beste derselben sich lediglich zum Augenmerk gesetzet haben werden [z]), so sind die letzteren mit ihren Einwendungen wider die anbefohlene Fortsetzung der Gemeinschaft nur sodann zu hören, wenn sie das daraus entstehende Nachtheil unbezweifelt zu zeigen im Stande sind. Weil auch ferner Kinder den Willen ihrer Eltern genau zu erfüllen [aa]), und sich sogar die von diesen vorgenommenen Theilungen auch sodann gefallen zu lassen verbunden sind, wenn sie auch ungleich geschehen wären, und diesem, oder jenem dadurch ein grösserer Vortheil, als dem andern zuwüchse [bb]), so ergiebet sich daraus von selbst, daß Kinder allein aus dem Grunde, weil dieser, oder jener von ihnen aus der Fortsetzung der Gemeinschaft grösseren Nutzen, als der andere hat, nicht befugt sind, der väterlichen Verfügung zuwider, die Gemeinschaft vor der bestimmten Zeit aufzurufen. Wie inzwischen eine immerwährende Gemeinschaft den Gesetzen schon an und vor sich zuwider ist [cc]), wo-

z) *L. 22. §. vlt. ad L. Iul. de adulter. L. 4. C. de sponsal. L. 36. §. vlt. de excusat. tut. de* CRAMER *Tom. 3. Obs. 926.*

aa) *L. 1. C. de offic. Praetor. L. 28. C. de inoffic. testament.*

bb) *L. 21.* und *36. C. famil. ercisc. L. 8. C. de inoffic. testament. Nouell. 18. c. 7. Nou. 107. c. 3.* CARPZOV. *P. 2. Const. 12. Def. 17.*

cc) *L. 70. pro Socio L. 14. §. 2. comm. diuidund. L. 5. C. comm. diuidund.*

ferne nicht das allgemeine Beste unumgänglich das Gegentheil erheischte [dd]), so ist sie auch eben darum selbst, wenn sie in einer väterlichen Verordnung befohlen wäre, von den Kindern doch füglich aufzurufen, und eine solche väterliche Verordnung an und vor sich völlig kraftlos und unverbindlich [ee]).

Da auch, bekannten Rechten nach, der den Kindern gebührende Pflichttheil keine Beschwerung, oder Einschränkung zuläßt, vielmehr ein jeder, auch privilegirter letzter Wille, wenn er jenen verletzet, ungültig ist [ff]), so erhellet auch hieraus von selbst, daß die in der väterlichen Disposition enthaltene Fortsetzung der Gemeinschaft, wenigstens in soferne ungültig und unverbindlich sey, als dadurch den Kindern in ihrem Pflichttheil eine erweisliche Verletzung, oder Beschwerung zugefüget seyn sollte. Es sind auch diese Grundsätze um so weniger erheblichen Einwürfen ausgesetzet, als, schon angeführtermassen, eine Fortsetzung der Gemeinschaft, die zwar von den Eltern befohlen worden, allein den Kindern offenbar schädlich ist, von selbst wegfällt, und keine Verbindlichkeit hervorbringet. Weil auch ferner, eben so bekannten Rechten nach, bey der Bestimmung der Verlezzung im Pflichttheil nicht sowohl auf den Anschlag der Eltern, als vielmehr auf den eigentlichen und wahren Vermögenszustand bey dem erfolgten Ableben

dd) *L. 59. pro Socio.*

ee) BRVNNEM. *ad L. 14. comm. diuidund. n. 7.*

ff) *L. 30.* und *31. C. de inoffic. testament.*

leben desjenigen, der ihn zu hinterlassen verbunden, zu sehen ist [gg]), so erhellet auch daraus von selbst, daß es in keine Wege auf die Meynungen und Vorstellungen der Eltern, die sie sich etwa von der Fortsetzung der Gemeinschaft gemacht haben, ankomme, sondern daß die Kinder, wenn sie eine Beschwerung im Pflichttheil zu zeigen vermögend sind, allerdings dawider gehöret werden müssen. Führen die Kinder einen solchen Beweis würklich, so hat die anbefohlene Fortsetzung der Gemeinschaft nicht statt, und sogar einzelne von den Kindern haben unter solchen Umständen ein Recht, sich dawider zu setzen und aufzulehnen [hh]). Dahingegen sind die Kinder zur Fortsetzung der entweder von beyden, oder einem, ihrer Eltern anbefohlenen Gemeinschaft schlechterdings gehalten, wenn entweder der daher erwachsende Vortheil für die Mehresten ausser Streit gesetzet, oder wenigstens ein daher entstehender Nachtheil nicht zu beweisen ist. Denn, unter solchen Umständen streitet für eine solche Anordnung allemal die Vermuthung, daß es mit der anbefohlenen Fortsezzung der Gemeinschaft auf gewisse Zeit, auf das wahre Beste der Kinder angesehen sey, und sie ist daher sowohl den Gesetzen, als der Billigkeit nach, unverbrüchlich.

gg) *L. 32.* und *36. §. 1. C. de inoffic. testament.* WERNHER *P. 1. Obs. 185.* BERGER *Elect. Proc. Tit. 45. Obs. 7. n. 5.*

hh) *L. 28. D. comm. diuidund.*

II.

Ob und in wieferne die Anverwandtschaft die Strafe eines Verbrechens mildere?

Daß die Anverwandtschaft mit dem Beleidigten, wenigstens unter gewissen Umständen, und bey gewissen Verbrechen, einen Grund zur Milderung der Strafe abgebe, kann um so weniger erheblichen Zweifeln unterworfen seyn, als die Gesetze zum theil diese Grundsätze bestättigen. Denn, nicht allein das Römische Recht will den Diebstahl unter Eltern und Kindern, unter Ehegatten und Miterben nicht nach den gemeinen Regeln der Diebstähle beurtheilet wissen [a]), sondern auch unsere deutschen Rechte, besonders die peinliche Gerichts-Ordnung, stimmen damit überein. Nach der letzteren sollen die Gerichte wegen der Diebstähle, die unter Ehegatten und von den nächsten Erben begangen worden, sowenig von Amtswegen verfahren, als selbst auf erhobene Klage die gemeinen Vorschriften von Diebstählen, bey der Bestrafung in Anwendung bringen [b]).

In

a) L. 1. 2. 3. D. de act. rer. amotar. L. 5. C. ad L. Cornel. de fals. L. 4. C. de crimin. expil. hered. L. 3. C. famil. hercisc.

b) Art. 165. P. G. O. "Item so eyner auß leichtfertigkeyt oder Unverstandt ettwas heymlichs nem "von güttern, der er sunst eyn nechster Erb ist, oder "so

In dieser Voraussetzung pfleget man nach dem Gerichtsgebrauch Ehegatten wegen der unter einander begangenen Diebereyen, und diejenigen, die dem Geblüte nach die nächsten Erben des Bestohlnen sind, nur auf erhobene Beschwerdeführung zu bestrafen, sie aber selbst mit den gewöhnlichen Strafen der Diebstähle zu verschonen, und zu einer verhältnißmäßigen Gefängnißstrafe, oder zur Bezahlung gewisser Geldbussen zu verurtheilen [c]). Diejenigen aber, die an den Diebstählen naher Freunde und Verwandten geflissentlich Antheil genommen, und solche befördert haben, sind als andere Diebe anzusehen und zu bestrafen [d]). Ob gleich, zumal in peinlichen Sachen, nicht füglich von einem verschiedenen Fall auf den andern

"so sich dergleichen zwischen Mann und Weib begeb, "und eyn Theyl den andern derhalb anklagen würde, sollen Richter und Urtheyler mit Entdeckung "aller Umbstende bei den Rechtverstendigen, und an "Orthen und Enden wie zu endt diser unser Ordnung angezeygt, Raths pflegen, auch erfaren, "was in solchen Fällen das gemeyn Recht sei, und "sich darnach halten. Doch soll die Oberkeyt oder "Richter inn disen Fällen von Ampts wegen nit "Klagen noch straffen.„

c) CARPZOV. *P. 4. Const. 38. Def. 3.* und *in Pr. Rer. Crimin. P. 2. q. 82. n. 42.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 82. Obs. 2.* und *ad art. 165. CC. §. 5.*

d) L. *36. §. 1. de furt.* v. item placuit eum qui filio, vel seruo, vel vxori opem fert furtum facientibus, furti teneri: quamuis ipsi furti actione non conueniantur. *L. 53. pr. eod.* LEYSER *Spec. 656. n. 4. 5. 6.* Claproth in der Einleitung in sämtliche summarische Processe, besonders im peinl. Proceß. S. 5.

dern zu schliessen ist [e]); so wollen gleichwohl verschiedene Rechtslehrer, vorzüglich unter Beystimmung Sächsischer Gesetze [f]), daß die Strafe eines Diebstahls bey allen Blutsfreunden und schwiegerlichen Anverwandten, die sich mit dem Bestohlnen, wo nicht in einem indispensablen [g]), doch wenigstens im vierten Grad der Blutsfreundschaft, oder Schwägerschaft befinden, gemildert werden müsse [h]), die Todesstrafe aber unter solchen Umständen niemals statt finden könne, und zum höchsten nur nach dem Unterschiede, ob von einem kleinen, oder grossen Diebstahl die Rede sey, entweder auf eine angemessene Gefängnißstrafe, oder auf ewige Landesverweisung zu erkennen bleibe [i]). Diejenigen Rechtslehrer, die den Art. 165. P. G. O. nur lediglich von solchen nächsten Erben, die es dem Geblüte nach sind, erklären [k]), wollen gleichwohl ebensals bey solchen, die entweder im letzten Willen, oder Vertragsweise für

e) *L. 29. D. de legib. L. 12. §. 1. qui et a quib. manumiss.*

f) Die besondere Sächsische Constitution von dem Diebstahl der verwandten Personen.

g) *Arg. L. 4. ad L. Pompei. de Parricid. §. 4. Inst. de nupt.*

h) CARPZOV. *cit. quaest. n. 45—50.* und P. 4. C. 38. *Def. 5.*

i) HOMMEL *Rhapsod. Quaest. Obs. 540. n. 4—6.*

k) Diese den wahren Sinn des Art. 165. P. G. O. angemessene Erklärung wird vom BOEHMER *ad art. 165. CC. §. 1.* gegen die Einwürfe anderer Rechtslehrer aus guten Gründen gerechtfertiget.

für Erben des Bestohlnen erkläret worden, die Strafe gemildert wissen [l]). Obgleich sonst die bürgerlichen Folgen der Schwägerschaft wegfallen, wenn diejenige Person, worin solche ihren Grund hatte, versterben, oder die eheliche Verbindung sonst getrennet werden sollte [m]); so behaupten dennoch die Rechtslehrer, daß der Vortheil der schwiegerlichen Verwandten, vermöge dessen die Strafe des Diebstahls, unter den angezogenen Umständen, gemildert werden müsse, zu den natürlichen und daher stets bleibenden Folgen der Schwägerschaft zu rechnen sey, und daher auch nachdem solche durch den Tod, oder die Trennung der Ehe, aufgehoben worden, statt finde [n]).

Ob es gleich, angeführtermassen, keinen Zweifel hat, daß bey solchen Diebstählen, die von Ehegatten, Kindern und solchen, die dem Geblüte nach die nächsten Erben des Bestohlnen sind, begangen worden, die Strafe gemildert werden müsse, auch das Gericht sodann, nicht sowohl von Amtswegen, als vielmehr nur auf erhobene Beschwerdeführung des beleidigten Theils, verfahren könne; so läßt sich gleichwohl bey dem Mangel besonderer Landesgesetze, hievon auf alle und jede Blutsfreunde und schwiegerliche Anverwandte,

l) BOEHMER *cit. loc.* §. 2.

m) *L.* 3. §. 1. *de postuland.* v. affinitate non eas accipere debemus, quae quondam fuerunt, sed praesentes. *L.* 4. §. 3. *et* 8. *de gradib. et affinib. L.* 3. *C. de donat. inter V. et V.*

n) CARPZOV. *cit quaest. n.* 49. WERNHER *Tom.* 1. *P.* 2. *Obs.* 381.

wandte, die sich mit dem Bestohlnen in dem vierten Grad der Blutsfreundschaft, oder Schwägerschaft befinden, kein gültiger Schluß machen, noch weniger sogar im Allgemeinen folgern, daß jene Art der Blutsfreundschaft, oder Schwägerschaft eine Milderungs-Ursache bey allen und jeden Verbrechen ohne Unterscheid seyn müsse. Denn dasjenige, was hierunter in dem Sächsischen Rechte bey Diebstählen besonders festgesetzet worden, läßt sich ausser Sachsen nicht füglich in Anwendung bringen, vielmehr ist nach der Regel, und da man nicht ohne Noth und hinlänglichen Grund von den ausdrücklichen Worten eines Gesetzes abgehen muß, im Allgemeinen anzunehmen, daß nur lediglich bey Diebstählen die Ehe und der Umstand, daß man dem Geblüte nach der nächste Erbe des Bestohlnen sey, einen Grund zur Milderung der Strafe abgebe, daß man aber hievon sowenig auf andere Verbrechen, als auf andere Arten der Blutsfreundschaft und Schwägerschaft schliessen könne. Da auch das Gesetz bey der vorgeschriebenen Milderung der Strafe den Fall, daß Ehegatten, oder die nächsten Erben den Diebstahl lediglich aus Leichtfertigkeit, oder Unverstand begangen haben, voraussetzet; so folget auch hieraus von selbst, daß es bey gefährlichen Diebstählen, wie auch bey solchen, wo sich viele Geflissenheit zeiget, oder wo sich sonstige beschwerende Umstände finden, keine Anwendung leide, noch weniger aber auf andere Verbrechen, die zwar auch einen andern an seinem Vermögen schaden, eigentliche Diebstähle aber nicht ausmachen, zu ziehen sey.

sey. Im Allgemeinen betrachtet ist inzwischen, meinem Bedünken nach, bey der Frage: Ob die Verwandtschaft als eine gegründete Milderungs-Ursache anzusehen sey? noch der Unterscheid zu machen, ob die Rede von solchen Verbrechen sey, da eben die Verwandtschaft mit zum Begriffe des Verbrechens gehöre, oder nicht? In dem ersten Fall ist die Verwandtschaft in keine Wege ein Grund zur Milderung der Strafe, vielmehr ist nach der Nähe der Blutsfreundschaft, oder der Schwägerschaft die Strafe zu schärfen, und der Mangel eines genugsamen Beweises der vorhandenen Verwandtschaft giebet sogar eine Ursache ab, von der Strenge des Gesetzes abgehen, und eine ausserordentliche Strafe erkennen zu können. Eben hieraus ist es zu erklären, warum die Ermordung der Eltern, Kinder [o]), Ehegatten und anderer nahen Verwandten härter, als ein gemeiner Mord und Todtschlag [p]), die eigentliche Blutschande schwerer, als eine blosse fleischliche Vermischung im verbotenen Grade, und jene nach der Nähe der Blutsfreundschaft schwerer, als eine andere [q]), eine Kuppeley von einem Ehegatten in Ansehung des

o) *L. vn. C. de his qui parent. vel lib. occid. L. 9. ad L. Pompei. de Parricid. §. 1. Inst. de publ. Iudic.* Art. 131. P. G. O.

p) *Arg. L. 1. 9. D. ad L. Pompei. de parricid. Nouellæ 18. c. 5.* Art. 137. P. G. O.

q) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 11. Th. 7. n. 3.* Meister in den rechtl. Erkenntnissen in peinlichen Fällen *Dec. 15. n. 8.* und *Dec. 24.*

des andern, und von Eltern in Absicht ihrer Kinder härter, als eine gemeine Kuppeley r), und eine den Eltern von ihren Kindern zugefügte Injurie weit schwerer, als eine gemeine Beschimpfung, bestrafet werde s). In dem andern Fall aber, und wenn die Verwandtschaft, überhaupt betrachtet, nicht zu dem Begriff desjenigen Verbrechens, wovon die Rede ist, gehöret, kann dieselbe, der Regel nach, sowenig die Strafe des Verbrechens mildern, daß vielmehr die letztere, wenn man die Sache überhaupt betrachtet, billig zu schärfen ist. Denn, ich darf es ja wohl als eine ausgemachte und daher nicht zu bezweifelnde Rechtswahrheit ansehen, daß ein Verbrechen um so viel grösser, und daher um desto strafbarer sey, je mehrere Bewegungs-Gründe der Thäter hatte, die ihn davon zurückhalten konnten, und daß daher ein solcher, der ausser den allgemeinen Gründen, die ihn an Begehung eines Verbrechens hindern mußten, auch noch die Verwandtschaft hatte, weit strafbarer sey, als ein anderer, der bey dem Mangel der letzteren, eben dasselbe Verbrechen begangen hatte t). Bey solchen Strafen daher, die in der ausdrücklichen Bestimmung der Gesetze ihren Grund haben, kommt die Verwandtschaft, sie mag übrigens nahe, oder entfernt seyn, als ein hin-

r) Art. 122. 123. P. G. O.

s) SCHVLTZ *de manu in parent. iniurios.* LEYSER *Spec. 543. n. 9.*

t) *L. 7. §. 8. de iniur. L. 8. C. de episc. audient.* KOCH *Inst. Iur. Crimin. §. 56.* Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 67.

hinreichender Grund zur Milderung der Strafe in keinem Betracht [u]), vielmehr ist sodann, wenn die Grösse des Vorsatzes und eine auffallende Geflissenheit sich besonders merklich zeiget, die Strafe eher zu schärfen, als zu mildern [x]), wenn auch gleich der Fall, da die Anverwandtschaft zum Begriff des Verbrechens gehöret, nicht vorhanden seyn mögte. Allein, auch bey solchen Strafen, deren Bestimmung dem richterlichen Ermessen vorbehalten bleibet, kann die Anverwandtschaft, an und vor sich betrachtet, als ein Grund zur Milderung der Strafe in keine Erwägung kommen, da bey demselben eben die Grösse des Vorsatzes der Hauptgrund bleibet, warum entweder auf eine härtere, oder geringere Strafe zu erkennen ist [y]), jene aber, angeführtermassen, bey Anverwandten, der Regel nach, fest zu vermuthen stehet. Wann inzwischen gleich auch bey bloß willkührlichen Strafen die Anverwandtschaft den Richter zur Milderung der Strafe nicht bewegen kann, so ist es gleichwohl nicht zu leugnen, daß die mit derselben häufig verbundene bequeme Gelegenheit, die Schadensersetzung, die eigene Unvorsichtigkeit des Beschädigten, die Minderjährigkeit, und andere Gründe, die bey willkührlichen Strafen in vielem

 Betracht

u) *Arg. L. 11.* und *16. de poen.* REINHARTH *de caus. ob quas potest. mitigand. Iudex sibi fals. arrog. Erford. 1734.*

x) *Arg. L. 3. C. de episc. audient. L. 3. §. 9. de re milit.* Art. 113. P. G. O.

y) Meine angefürten Grundsätze §. 101.

Betracht kommen [z]), eine Milderung zuweilen verschaffen. Ein jeder aber wird inzwischen ohne mein Erinnern gewahr, daß unter solchen Umständen die Strafe nicht wegen der Verwandtschaft, sondern vielmehr wegen anderer, die Grösse des Vorsatzes schwächenden Gründe gemildert werde, wenn gleich die letzteren in der ersteren ihren Ursprung finden sollten. Würde jedoch die Bestrafung des Verbrechens für den eigenen guten Namen des Beleidigten nachtheilige Folgen haben können, so pfleget man gewöhnlich, nach dem Gerichtsbrauch, wann nicht sowohl von schweren Verbrechen, und gesetzlichen Strafen, als nur von geringen Verbrechen und willkührlichen Strafen die Rede ist, die sonst verwirkte Strafe, wo nicht gar nachzulassen, doch wenigstens in eine solche zu verwandeln, die dem Stande und der Familie des Beleidigten selbst unnachtheilig ist. Aus dieser Ursache wird solchen Vormündern, die zugleich nahe Verwandte ihrer Pflegbefohlnen sind, wenn ihre Betrügerey und Unterschlagung nur nicht von einer besondern Grösse ist, statt der schimpflichen Absetzung, gewöhnlich nur ein anderer an der Seite gesetzet [aa]), oder sie werden auch mit ausdrücklichen Vorbehalt der

z) KOCH *Inst. Iur. Crimin.* §. 154.

aa) *L. 9. D. de suspect. tut.* v. Si tutor aliquo vinculo necessitudinis, vel affinitatis pupillo conjunctus sit, vel si patronus pupilli liberti tutelam gerit, et quis eorum a tutela remouendus videatur, optimum factum est, curatorem ei potius adiungi, quam eundem cum notata fide et existimatione remoueri.

der Ehre, ihrer Dienste bloß entlassen, oder wenigstens mit härteren Strafen, besonders solchen, welche die Ehre rauben, verschonet. Unter allen Umständen pfleget auch sodann auf die Anverwandtschaft vieler Betracht genommen zu werden, wenn die Vorbitte des beleidigten Theils damit verbunden, und zugleich nicht von schweren Verbrechen, deren Strafen in den Gesetzen genau bestimmet worden, die Rede ist [bb]). Denn, in soferne es geringe Begünstigungen betrift, keine öffentliche Ruhe und Sicherheit verlezet, auch kein Aufsehen machendes Aergerniß gestiftet worden, pfleget man auf Vorbitte des beleidigten Anverwandten die sonst verwirkte Strafe, wo nicht nachzulassen, doch wenigstens zu mildern; ausser dem Fall der geschehenen Vorbitte aber, auf die bloße Verwandtschaft, als einen Grund zur Milderung der Strafe keinen Betracht zu nehmen.

bb) LVDOVICI *de intercess. innocent. Hal.* 1706. KOCH *c. l. §.* 151. Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 113.

III.

Ob angeschwollene Zinsen zum väterlichen Nießbrauch zu rechnen seyn?

Wenn gleich nach dem älteren Römischen Rechte diejenigen Kinder, die sich noch unter väterlicher Gewalt befanden, kein eigenthümliches Vermögen hatten, vielmehr alles, was sie erwarben, ihren Vätern als Eigenthum gehörte [a]), so entstand doch hierunter, anfänglich durch die Einführung der Peculien, nachhin aber dadurch, daß an statt des vormaligen Eigenthums, dem Vater nur der Nießbrauch verblieb [b]), eine grosse Veränderung [c]). Der Kaiser Constantin ließ zwar anfänglich den Vätern den dritten Theil des Vermögens der Kinder; allein Justinian hob das Eigenthum über das Vermögen der Kinder gänzlich auf, und billigte dem Vater zu seiner etwanigen Schadloshaltung, nach aufgehobener väterlichen Gewalt, den Nießbrauch über den halben Theil des Vermögens auf Lebenszeit zu [d]).

Hiebey

a) *§. 1. Inst. per quas person. cuique adquiritur.*

b) *L. 1. C. Theod. de matern. bon. L. 6. C. de bon. quae lib. L. 1. C. de bon. matern.*

c) HOFACKER *Inst. Iur. Rom. §. 483. 484.*

d) *L. 6. §. 3. C. de bon. quae lib.* v. Cum ante constantiniana lege cautum erat, si filii familias ab his, qui eos in potestate habent, nexu paterno

per

Hiebey ist es in Ermangelung entgegenstehender Gesetze, billig auch noch heutiges Tages zu lassen, inzwischen jene den Vätern zugestandene gesetzliche Wohlthat, von dem Vermögen der Kinder den halben Theil auf Lebenszeit zum Genießbrauch behalten zu dürfen, nur auf den Fall einer ausdrücklich erfolgten Emancipation einzuschränken, keineswegs aber weder auf eine stillschweigende, noch auf die Hebung der väterlichen Gewalt durch die Verheyrathung, oder angefangene besondere

per emancipationem liberentur, debere patri tertiam partem bonorum, quae acquiri non solent, quasi remunerationis gratia a filio accipere vel retinere, et ex hac causa iterum pars non minima substantiae liberorum adimebatur, sancimus, huiusmodi casu interueniente, et emancipatione liberis imposita, non tertiam partem dominii rerum minime adquisitarum, sed dimidiam vsusfructus apud maiores, qui emancipationem donant, residere, exceptis et in hoc casu castrensibus, et quasi castrensibus tantummodo peculiis, quibus nihil ex hac causa diminuitur. Sic enim nec liberis cuiuscunque sexus aliquid dominii auferetur, et patribus amplioris patrimonii vsusfructus assignabitur. Hoc obtinere et si in emancipatione sibi parentes hoc minime seruauerint, sed nisi specialiter vel in emancipatione huic praemio renuntiauerint, vel donatione facta sese et ab huiusmodi beneficio alienauerint, et in liberos hoc transtulerint; manere apud eos etiam tacentes Ius et beneficium vsusfructus retinendi, vt post obitum eorum vsusfructus in omnibus memoratis causis ad eos perueniat, quorum dominium est, scilicet secundum quod iam diximus in successionibus eorum omnibus seruandis, quae de maternis et nuptialibus bonis consuetissimis legibus definita sunt. s. auch §. 2. *Inst. per quas personas cuique adquir.*

Haushaltung der Kinder, auszudehnen e), wenn schon andere Rechtslehrer, theils wegen des Ausdrucks in dem *L. 6. C. de bon. quae lib. etiam tacentes*, theils aus dem Grunde, weil auch die Römer eine stillschweigende Emancipation gekannt hätten f), und daher jene Rechtswohlthat auf beyde Arten der Emancipation angewandt werden müßte, das Gegentheil behaupten g). Wenn auch, in anscheinender Beystimmung eines gewöhnlich zum Beweise angeführet werdenden Gesetzes h), der Vater besonders das mütterliche Vermögen nicht herausgeben darf, vielmehr solches Zeitlebens zum Nießbrauch behält, so ist gleichwohl, nach den gegründeten Bemerkungen anderer Rechtslehrer, jenes

e) LAVTERBACH *in Coll. Th. Pract. Tit. de vsufr. §. 11.* HVBER *in Praelect. ad Pandect. Tit. de adopt. et emancipat. §. 5.* BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 1. Tit. 3. Th. 16. n. 2.* PVFENDORF *Tom. 1. Obs. 98. §. 17.*

f) *L. 25. pr. de adopt. et emancipat.* v. post mortem filiae suae, quae, vt materfamilias, quasi iure emancipata vixerat, et testamento scriptis heredibus decessit, aduersus factum suum quasi non iure eam, nec praesentibus testibus emancipasset, pater mouere controuersiam prohibetur. *L. 1. C. de patr. potest.*

g) LEYSER *Spec. 164. n. 5.*

h) *L. 1. C. de bon. matern.* v. Res, quae ex matris successione siue ex testamento, siue ab intestato fuerint ad filios deuolutae, ita sunt in parentum potestate, vt vtendi fruendi duntaxat in diem vitae facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente. Den Gebrauch dieses Gesetzes nach dem Wortverstande vertheidiget HAHN *ad* WESENBEC. *Tit. de emancipat. et adopt. n. vlt.*

jenes Gesetz eigentlich nur von dem Fall, da überall keine Emancipation erfolget, und das Vermögen der Kinder daher in den Händen ihres Vaters bleibet, lediglich zu erklären [i]).

Sowenig nun die Beantwortung der Frage: Ob der Vater nach aufgehobener väterlichen Gewalt zu der Herausgabe des Vermögens seiner Kinder gehalten sey? mit Schwierigkeiten umgeben ist, indem die bejaende Beantwortung derselben sogar in den Gesetzen ihre Bestättigung findet [k]), so zweifelhaft scheinet hingegen die Frage zu seyn: Ob angeschwollene Zinsen dem Vater gebühren, und daher zum Nießbrauch gehören, oder ob solche den Kindern verbleiben und dergestalt zu berechnen seyn? Alles scheinet, meiner wenigen Einsicht nach, darauf anzukommen, ob die Zinsen vor den Anfang des väterlichen Nießbrauchs bereits angeschwollen gewesen sind, oder, ob die Anschwellung allererst während der Zeit geschehen sey, da der Vater bereits den Nießbrauch des Capitals, wovon nun die Zinsen angeschwollen sind, gehabt habe? In dem ersten Fall nehmen die Zinsen die Natur und Eigenschaft eines Hauptstuhls an, wovon sich daher der Vater zwar den Nießbrauch, keinesweges aber das Eigenthum anmassen darf. Wenigstens scheinet hier der allgemeine Ausspruch der Gesetze die Stelle eines genug-

i) PUFENDORF *c. l.* §. 2.

k) §. 2. *Inst. per quas person. cuiq. adquir.* L. 6. C. *de bon. quae liber.*

nugsamen Beweises vertreten zu müssen l). Was aber besonders die Frage betrift: Ob von denjenigen Zinsen, die vor dem Anfang des väterlichen Nießbrauchs angeschwollen gewesen sind, dem Vater die gewöhnlichen Zinsen gebühren, und diese daher zum väterlichen Nießbrauch gerechnet werden müssen? so scheinet die verneinende Antwort, dem ersten Ansehen nach, nicht den mindesten Zweifel zu haben. Denn, da nach dem Römischen Recht das Nehmen der Zinsen von Zinsen, der Regel nach und überhaupt, verboten ist m), so mögte auch in dem angezogenen Fall um so weniger eine Ausnahme statt finden können, als es an einer gesetzlichen Beståttigung ermangelt. Weil man inzwischen nach dem Gerichtsgebrauch in Deutschland die Zinsen von Zinsen nur sodann für unerlaubt zu halten pfleget, wenn der Gläubiger die

l) *cit. L. 6. C. de bon. quae lib.* v. si quis itaque filius familias, vel patris sui vel aui vel proaui in potestate constitutus aliquid sibi adquisiuerit, non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perueniant; eas suis parentibus non in plenum, sicut antea fuerit sancitum, sed vsque ad vsumfructum solum acquirat, et eorum vsusfructus quidem apud patrem, vel auum, vel proauum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat; dominium autem filiis familias inhaereat, ad exemplum tam maternarum, quam ex nuptialibus causis filiis familias acquisitarum rerum.

m) *L. 29. D.* und *L. 28. C. de vsur. L. 27. de re iud. L. 2. §. 5. de administr. rer. ad ciuitat. pertinent. L. 3. C. de vsur. rei iudicat. L. 26. §. 1. de condict. indeb.*

die rückständigen Zinsen eigenmächtig zu Capital macht, und davon jährlich wieder Zinsen berechnet, im Gegentheil aber dem Gläubiger zugestehet, daß er, von den angeschwollenen Zinsen mit Bewilligung des Schuldners ein besonderes und Zinsen tragendes Capital machen könne [n]); so wird es auch auf diesen Unterscheid am meisten ankommen, wenn man richtig bestimmen will, ob dem Vater die Zinsen von denjenigen Zinsen, die vor den Anfang des väterlichen Nießbrauchs bereits angeschwollen gewesen sind, gebühren, oder nicht? Denn, nur allein in dem Fall, wenn von den letzteren mit Bewilligung des Schuldners ein zinsbares Capital gemacht worden, kann sich der Vater während der Zeit seines Nießbrauchs davon die jährlichen Zinsen anmassen, und solche zu seinem Nießbrauch rechnen. Es verstehet sich inzwischen in alle Wege von selbst, daß der Schuldner auch im Stande seyn müsse, solche versprochene Zinsen bezahlen zu können. Denn, in dem entgegengesetzten Fall ist der Sohn, oder die Tochter, nach aufgehobener väterlicher Gewalt, um so weniger zu einiger Schadensersetzung dem Vater gehalten, als die Gesetze zwar dem letzteren den Nießbrauch von dem Vermögen seiner Kinder während seiner väterlichen Gewalt zusprechen, keinesweges aber jene bey gänzlich, oder zum theil ermangelnder Nutzung des Vermögens, zur Schadensersetzung verbinden. Gegentheils aber kann es keinen gegründeten

n) MEV. P. 4. *Dec.* 213. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 92. *Obs.* 5. MANTZEL *de anatocismo licito vel illicito.*

gründeten Zweifel haben, daß es bey der Befugniß des Vaters, die Zinsen von den Capitalien seiner Kinder erheben zu können, auf die Zeit der Auszahlung nicht ankomme, und daß daher dem Vater die beschriebenen Zinsen aus dem Grunde, weil sie vielleicht allererst nach aufgehobener väterlichen Gewalt würklich ausgezahlet werden, nicht füglich versaget werden können, wenn anders der Zinsenrückstand sich nur von der Zeit, da der Vater den Nießbrauch bereits würklich hatte, herschreibet. Denn in dem entgegengesetzten Fall verbleibet solcher Rückstand lediglich den Kindern als ihr wahres Eigenthum. Was aber besonders den Fall betrift, da die Zinsen nicht sowohl vor, als während dem väterlichen Nießbrauch angeschwollen sind, so sind solche, meinem Bedünken nach, ohne Unterschied, ob sie ein beträchtliches Capital ausmachen, oder nicht, schlechterdings zum väterlichen Nießbrauch zu rechnen. Unter diesen Umständen kann es auch um so weniger auf die Zeit ankommen, da solche während dem väterlichen Nießbrauche angeschwollene Zinsen etwa würklich ausgezahlet werden. Denn, da sie einmal und ipso iure zum Eigenthum des Vaters gehören, so kann auch die Saumseligkeit des Schuldners den väterlichen Rechten nichts entziehen, indem sie vielmehr auch nach vorlängst aufgehobener väterlichen Gewalt dem Vater gebühren. Die Billigkeit streitet allenthalben für diesen Satz, da dergleichen Zinsen jetzo als eine Vergütung für die gehabte Last der Erziehung und Verpflegung dem Vater billig zuzusprechen sind, die ihm billig

schon

schon früher zur Verminderung seiner Beschwerden gebühret hätten. Allein, nicht sowohl bloß, da der Vater noch lebet, sind ihm die während seinem gehabten Nießbrauch angeschwollene Zinsen auszuzahlen, sondern auch dann, da er längst gestorben ist, sind sie seinen rechtmäßigen Erben auszukehren, indem zwar der Nießbrauch überhaupt niemals auf die Erben gehet [o]), inzwischen alles dasjenige, was durch jenen erworben worden, zu den Vermögen des Nutzniessers ungezweifelt gehöret [p]). Hierüber kann daher der letztere mit Bestande Rechtens nicht allein Verordnungen machen, sondern er verläßt solches auch stillschweigend auf seine eingesetzte Erben, oder, in deren Ermangelung, auf seine nächste Blutsfreunde, woferne nicht eine rechtmäßige Verjährung den letzteren an ihrem Rechte hinderlich seyn mögte.

o) L. 16. §. *vlt. C. de vsufr.*

p) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 2. Tit. 3. Th. 24. n. 4.*

IV.

Von der Bestimmung des Vorzuges in den Fällen, da das Vermögen eines Angeschuldigten nicht hinreichet, allen denen Befriedigung zu verschaffen, die daran Ansprache haben.

Wenn es gleich sowohl die natürliche Billigkeit erfodert, als ausgemachten Rechtens ist, daß demjenigen, der durch ein begangenes Verbrechen Schaden gelitten hat, gebührende Genugthuung angedeye [a]); so sind dennoch in dem Fall, da das Vermögen eines Angeschuldigten nicht hinlänglich ist, sowohl dem Beschädigten und andern Gläubigern Genugthuung zu leisten, als auch die Geldbusse, die Gerichts- und Verpflegungskosten abzuführen, verschiedene Umstände in Erwägung zu ziehen, um den Vorzug rechtsbeständigermassen bestimmen zu können.

Was zuvörderst die Bestimmung des Vorzuges zwischen dem Beschädigten und andern Gläubigern anlanget, so hat es zwar nicht den geringsten Zweifel, daß die würklich vorhandenen gestohlenen, oder geraubten Sachen demjenigen, dem sie entwandt worden, ohne Abzug, oder Verkürzung wieder gegeben werden müssen, und daß andere Gläubiger, sie mögen ältere, oder jüngere, Pfand- oder andere Gläubiger seyn, daran nicht den

a) Art. 207. P. G. O.

den mindesten Anspruch machen können [b]). Allein, weniger herrschet eine Uebereinstimmung in den Meynungen der Rechtslehrer, in Beantwortung der Frage: Ob in dem Fall, da die gestohlenen, oder entwandten Sachen nicht mehr vorhanden sind, und dabey das Vermögen zur Befriedigung des Beschädigten und der Gläubiger nicht hinreichet, dem ersten, oder den letzten der Vorzug gebühre? Einige geben dem ersteren schlechterdings den Vorzug [c]), und beziehen sich zur Bestärkung ihrer Meynung sogar auf den Ausspruch der Gesetze [d]) selbst; andere räumen dem Beschädigten wegen der zuständigen Schadensersetzung ein stillschweigendes, oder sogenanntes gesetzliches Pfandrecht ein, und setzen ihn daher nach Verhältniß der Zeit unter die Pfandgläubiger [e]). Allein, die erste Meynung ist einer richtigen Erklärung des Art. 158. P. G. O. völlig zuwider [f]), indem derselbe nicht von dem eigentlichen Fragepunct, da nämlich die gestohlenen Sachen nicht mehr vorhan-

b) Claproth in der Einleitung in sämtliche summarische Processe, Göttingen 1777. S. 126.

c) BEVTHER *de Iure Praelat. P. 1. c. 44.* und *P. 2. c. 9.*

d) Art. 158. P. G. O. in den Worten: "Daß der "Dieb in Pranger gestellt, mit Ruthen ausgehauen, "und das Land verboten, und vor allen Dingen "dem Beschädigten der Diebstahl oder Werth "dafür, so es in des Diebs Vermögen ist, wie- "derum werde."

e) BERGER *in Elect. crimin. p. 37.*

f) *de* BOEHMER *in Meditatt. ad CCC. art. 157. §. 8.*

vorhanden sind, und zugleich anderweitige Gläubiger sich finden, handelt, vielmehr dem Richter es lediglich zu einer besondern Pflicht machet, für die Schadensersetzuug des Beleidigten von Amtswegen zu sorgen. Die andere Meynung kann aber um so weniger einige Aufmerksamkeit verdienen, als in Entstehung einer gesetzlichen Bestättigung kein gesetzliches oder stillschweigendes Pfandrecht statt findet [g]). Dem Beschädigten ist daher, bey dem Mangel der geraubten, oder entwandten Sache zur Erhaltung seiner Schadensersetzung keine Stelle unter den Pfandgläubigern anzuweisen [h]), vielmehr hat diese Schadensersetzung lediglich die Rechte einer Buchschuld, deren Bezahlung nur sodann, wenn alle Gläubiger ihre Befriedigung erhalten haben, statt findet [i]), bey vorhandenen mehreren Buchschulden aber nur verhältnißmäßig geschiehet. Sowenig inzwischen die Gläubiger an den noch würklich vorhandenen geraubten, oder sonst unrechtmäßiger Weise entwandten Sachen einen Anspruch zu machen, befugt sind, eben sowenig kann solches das Gericht thun

g) Der berühmte Herr Professor Westphal in dem Versuch einer systematischen Erläuterung der sämtlichen Römischen Gesetze vom Pfandrecht, Cap. 5.

h) *Arg. L. 6. §. 4. C. de bon. quae lib.* WERNH. *P. 1. Obs. 288.* HARPRECHT *Diss. de pign. tacit. dub. vel spuria.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 8. Obs. 11.* SCHILTER *Ex. 24. Th. 49.*

i) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 385.

thun [k]). Es sind vielmehr dergleichen geraubte, oder entwandte Sachen, nachdem der Beschädigte das ihm daran zuständige Recht gehörig bewiesen, oder wenigstens endlich erhärtet hat [l]), ihrem Eigenthümer wieder zuzustellen, und letzterer ist keinesweges gehalten, das Ende des peinlichen Processes abzuwarten [m]), wenn anders, wie sich von selbst verstehet, die Schätzung der entwandten Sachen auf gehörige Weise geschehen ist, mithin das sogenannte Corpus Delicti solchergestalt zur genugsamen Richtigkeit und Gewißheit gebracht worden [n]), übrigens aber es an gegründeten Bedenklichkeiten ermangelt, oder auch bey dem Daseyn derselben, der Beschädigte sich zur Bestel-

k) Art. 157. 207. 208. 209. 218. P. G. O. HOMMEL *de pannicular. caeterisque damnat. bon. Lips.* 1745. §. 42. KRESS *art.* 157. CC.

l) Art. 208. P. G. O. "Bewiese aber eyn Kläger "inn obgemeldtem Fall der ansprüchigen Haabe hal"ben die Eygenschaft genugsam und kündt doch da"bei nit beweisen daß jm die durch Raub oder Dieb"stal entwendt worten wer, und die Antwurter "möchten dargegen zu Recht genug nit darbringen, "daß dieselbig kriegerische habe, mit guttem recht"meßigem Tittel, von dem Kläger bracht und an sie "kommen wer, so soll dem Kläger auff sein Beteu"rung mit dem Eydt (daß jm solliche Gütter ge"raubt oder gestolen worden seien) geglaubt werden, "und jm dieselben abermals innmassen, als obsteht, "darauff volgen.„

m) Claproth a. O. S. 58.

n) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 353. 354.

Bestellung eines genugsamen Vorstandes erbietet [o]). Ob nun zwar diese Sätze keine Veränderung, oder Einschränkung zulassen, wenn gleich dem Staat durch das begangene Verbrechen ein Schade von einiger Erheblichkeit zugefüget, oder vielleicht gar die Accise und der Zoll betrogen wäre [p]), so kann gleichwohl das Gericht den baaren Verlag, den es, um die geraubten Sachen, entweder wieder zu bekommen, oder aufzubewahren, verwandt hat, von dem Beschädigten mit gutem Grunde begehren [q]), gegentheils aber sowenig wegen der etwa aufgelegten Geldbusse, als wegen der Verpflegungs- Atzungs- und Untersuchungs- oder

o) Art. 210. P. G. O.

p) Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n.* 10.

q) *Arg.* Art. 213. P. G. O. "Und so sich also mit "angezeygter peinlicher Handlung, gestolne und ge- "raubte farende Gütter, inn eynem Gerichtszwang "erfünden, die sollen dem, der sie also verloren hett, "und wie vorsteht beweret, das jm solche gestolne "oder geraubte hab zustendig, abermals ohn Be- "schwerung, dann alleyn ob solchs essent Vieh, und "zimlich nottdürftige Atzung darauff gangen wer, "dieselbig Atzung doch ohn Ueberfluß zu bezalen, "wider verschafft werden. Wo aber jemandt die ge- "melten hab, umb weniger Unkostens und schadens "willen, vor küntlicher erfindung gemelts unrechten "herkommens, und wenn die zustünde, aus zubür- "gen, und zu betagen begert, das soll inn diesem "Fall mit der maß, wie vor deßhalb von bürgerli- "cher Verhafftung und Klag gestolner oder geraub- "ter Gütter halb, gesetz ist, auch beschehen." Die gegenseitige Meynung vertheidiget inzwischen HOMMEL *in Rhapsod. Quaest. in foro quotid. obuenient. neque tamen legib. decisar. Obs.* 594. §. 17.

oder Gerichtskosten an jenem einige Ansprache machen [r]).

Eine andere Frage ist inzwischen: Wer in dem Fall, da die entwandten, oder geraubten Sachen nicht mehr vorhanden sind, und dabey des Angeschuldigten Vermögen nicht hinreichet, seinen Gläubigern, und dem Beschädigten Genugthuung zu leisten und die Gerichtskosten abzuführen, eigentlich den Vorzug habe? Um solche gehörig beantworten zu können, muß man vor allen Dingen einen Unterschied machen, ob von der zu erlegenden Geldbusse, oder von den Verpflegungs- und Vertheidigungs-Kosten, oder von den übrigen Gerichtskosten die Rede sey. Was die erstern betrift, so giebet es zwar in verschiedenen Ländern besondere Gesetze, nach welchen wegen der aufgelegten Geldbusse dem Fisco von dem Tage des eröfneten Erkenntnisses angerechnet, theils ein gesetzliches Pfandrecht, ohne [s]), oder mit Vorzug, zustehet [t]), theils aber der Fiscus in den Güthern des Verurtheilten eben dieselben Rechte, als er sonst der Steuren wegen hat, haben solle [u]).

 Allein,

r) COTHMANN *Vol.* 2. *Resp.* 55. *n.* 42. BOEHMER *de expens. crimin. c.* 3. *§.* 42.

s) Chursächs. Proceß-Ordn. Tit. 43. §. 5. Gothaische Gerichts-Ordnung *P. 1. c.* 18. *§.* 8. CARPZOV. *P.* 1. *Const.* 28. *Def.* 104. HOMMEL *Obs.* 548.

t) BALTHASAR *de classificat. creditorum in concursu P.* 2. *Sect.* 2. *n.* 4. *p.* 38. und *P.* 2. *Sect.* 3. *n.* 2. *p.* 102.

u) LUDOVICI *de hypotheca fisci propter debita ex delicto*

Allein, bey dem Mangel solcher besondern Landesgesetze hat es, Inhalts gemeiner Rechte, keinen Zweifel, daß die Geldbusse nicht allein den eigentlichen Pfandgläubigern, sondern überhaupt allen älteren Gläubigern nachstehe, folglich solche nur sodann ausgekehret werden könne und müsse, wenn sowohl der Beschädigte, als die vorhandenen anderweitigen Gläubiger ihre völlige Befriedigung bereits erhalten haben x). Da überdieß die Billigkeit mit dieser gesetzlichen Vorschrift vollkom-

delicto §. 29. OELZE *de creditore sibi vigilante* §. 28. *u. w.* Gmelins Ordnung der Gläubiger bey dem über ihres Schuldners Vermögen entstandenen Gant-Processe nach den gemeinen und Würtenbergischen Rechten, Frf. und Leipzig 1776. Cap. 2. §. 10. S. 122.

x) *L. 17. D. de Iure fisci* v. in summa sciendum est, omnium fiscalium poenarum petitionem creditoribus postponi *L. 37. D. eod.* v. Quod placuit, fisco non esse poenam petendam, nisi creditores suum recuperauerint: eo pertinet, vt priuilegium in poena contra creditores non exerceatur, non ut ius commune priuatorum fiscus amittat. *L. vn. C. poen. fiscalib. creditores praeferri.* v. Rem suam persequentibus poenae exactio postponitur. Sicut itaque in sortis quantitate fisci persecutio potior est: ita in triplo quod poenae nomine adiectum est, propria forma seruanda est. Art. 157. P. G. O. in den Worten: "Und so der Dieb nit "mehr vermag oder zu wege bringen kann, so soll "er doch zum wenigsten dem Beschedigten den Dieb- "stal wiedergeben, oder noch eynfach werth bezalen "oder vergleichen und soll der beschedigt mit der- "selben eynfachen Vergleichung des Diebstals "(aber mit der Uebermaß nit) der Oberkeyt gelt- "buß vorgehen." *Add. L. 11. de Iure fisci. L. 10. pr. D. de pact.*

vollkommen übereinstimmet, weil der Fiscus durch Erlangung der Geldbusse einen Gewinn erhalten, der Beschädigte und andere Gläubiger aber dadurch ohne ihr Verschulden in Schaden gesetzet werden würden, so ist auch der Gerichtsbrauch in den mehresten deutschen Provinzen der Vorschrift gemeiner Rechte völlig gemäß [y]). Eine jede Geldbusse daher, die entweder ohne Nachtheil anderer vorhandenen Gläubiger, oder des Beschädigten, nicht bezahlet werden kann [z]), oder, die vielleicht allererst nach bereits ausgebrochenem Concurse erkannt worden, ist, nach gemeinen Rechten, nicht sowohl würklich auszukehren, als vielmehr in eine andere verhältnißmäßige umzuändern und zu verwandeln [aa]). Dasjenige, was von Geldbussen überhaupt gilt, ist auch von eingezogenen Güthern zu verstehen. Denn, ehe sich der Fiscus solche anmassen kann, muß er vor allen Dingen die Gläubiger des Verbrechers, oder diejenigen, die sonst an seinem Vermögen Anspra-

y) BRUNNEMANN *ad L. 37. D. de Iure fisci.* FRANTZK *Tit. de pignor. n. 33.* Ludovici Einleit. zum peinl. Proceß c. 10. §. 70. KÖPPEN *Dec. 28. n. 21.* PUFENDORF *Introduct. in Proc. crimin. c. 27. §. 20. n. 4.* Westphal a. O. §. 75. S. 134. Claproth a. O. S. 164.

z) Daß inzwischen die Vorschriften der Gesetze von öffentlichen Strafen, nicht auf sogenannte Conventional-Strafen erstrecket, vielmehr die letzteren der zu bezahlenden Geldbusse ebenfals vorgezogen werden müssen, zeiget HOMMEL *c. l. Obs. 548.*

aa) Gmelin a. O. S. 123.

che machen, befriedigen [bb]). Es entstehet inzwischen die Frage: ob nicht wenigstens in dem Fall, da der zu einer Geldbusse verurtheilte Verbrecher, nach bereits eröfnetem Erkenntnisse gewisse Gelder, mit, oder ohne Versicherung eines Pfandrechts, angeliehen, die bereits urthelmäßig zu bezahlende Geldbusse den Vorzug habe? Verschiedene berühmte Rechtslehrer [cc]) bejaen diese Frage, und behaupten, daß unter den angeführten Umständen der Fiscus nicht allein den Vorzug habe, sondern sogar dazu berechtiget sey, die nach erfolgten richterlichen Spruch und bereits geschehener Verurtheilung zu einer Geldbusse aufgenommenen, und bey herannahendem Concurse bereits wieder zurückbezahlten Gelder zu revociren [dd]), auch sodann ein gleiches statt finden müsse, wenn ein Verbrecher nach erkannter Urthel, wornach er sein gesammtes Vermögen verwirket hatte, sich in Anleihen, oder andere Verbindlichkeiten eingelassen hätte [ee]). Die angezogenen Rechtslehrer sezzen die Gründe ihrer Behauptung vorzüglich darin, daß das Vermögen eines Menschen dem Fiscus allemal für eine jede Schuld, die aus einem Quasi-

bb) *L. 11. L. 37. D. de Iur. fisci.* Gmelin a. O.

cc) CARPZOV. *P. 1. C. 28. Def. 104.* BRVNNEMANN *ad L. 2. C. in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contr.* MEVIVS *ad Ius Lubec. Lib. 3. Tit. 1. art. 12. n. 10.*

dd) FRICK *in Libello singulari de reuocandis tam rebus alienatis, quam nummis solutis imminente aut moto concursus iudicio Helmst. 1777. §. 13.*

ee) FRICK *c. l. §. 14.*

Quasi-Contract entstehet, wohin besonders die aus einer rechtskräftigen Urthel erwachsene Verbindlichkeit unstreitig mit gehöret, unterpfändlich verhaftet sey [ff]). Dieses gesetzliche Unterpfand, welches dem Fiscus wegen der erkannten Geldbusse zustehet, erhält inzwischen allererst von der Zeit an, da die Urthel eröfnet worden, seinen rechtlichen Bestand [gg]), kann aber wider ältere Gläubiger, sie mögen Pfand- oder andere Gläubiger seyn, keine Wirkung hervorbringen, oder denenselben entgegen gesetzet werden [hh]).

Was die Kosten der Verpflegung, oder das sogenannte Atzungsgeld anlanget, so hat es zwar keinen Zweifel, daß diejenigen, welchen nach den Gesetzen, oder ihrer anderweitigen Verbindlichkeit, die Verpflegung, oder die Leistung der Alimenten oblieget, sich dieser Pflicht aus dem Grunde, weil derjenige, dem sie solche zu leisten schuldig sind, in Verhaft und Inquisition gerathen ist, nicht entziehen können; allein schwieriger scheinet

ff) *L. 46. §. 3. D. de Iure fisci.* v. fiscus semper habet ius pignoris *L. 2. C. in quib. caus. pign. vel hypoth. tacite contr.* v. Certum est eius, qui cum fisco contrahit, bona veluti pignoris titulo obligari, quamuis specialiter id non exprimatur.

gg) Es darf jedoch ein Gericht von der Zeit der gefällten Urthel, worin auf eine Geldbusse erkannt worden, an, keine besondere Zinsen berechnen. *L. 1. C. de Iure fisci. L. 131. 244. de verb. sign. L. 9. de Magistrat. conueniend.* BROCKES *select. obs. forens. Obs. 80. §. 17.*

hh) NEGVSANT. *Membr. 4. P. 2. n. 116.* BRVNNEM. *ad L. 2. C. in quib. caus. pign. vel hyp. tacit. contr.*

net die Auflösung der Frage zu seyn: Ob das Gericht wegen der verwandten Verpflegungs-Kosten nicht einen Vorzug für den Beschädigten, oder die Gläubiger habe? Ob nun gleich die peinliche Gerichts-Ordnung [ii]), in soferne vom Anklagsproceß die Rede ist, dem Ankläger die Pflichten aufleget, zu der Atzung und Wartung des Angeklagten täglich einen Beytrag von sieben Kreutzern [kk]) zu leisten, so beantwortet sie gleichwohl die aufgeworfene Frage nicht. Verschiedene Rechtslehrer setzen zwar die Kosten der Verpflegung und der Wartung sodann in die erste Classe [ll]), wenn daraus ein Vortheil für die gesammte Concursmasse, wenigstens mittelbar, erwachsen [mm]); ausser diesem Fall aber der Regel nach in die vierte Classe, und ziehen sie daher lediglich den sogenannten blossen Buchschuldnern vor [nn]). Die gegründeteste Meynung ist nun wohl unstreitig diejenige, nach welcher

ii) Art. 204. P. G. O. in den Worten: "und soll "sonderlich eyn Ankläger für eyns Beklagten Atzung "und wartgeld dem Büttel Tag und Nacht über "siben Kreutzer zu geben nit schuldig sein.„

kk) Daß die vorgeschriebene Grösse des Atzungs- und Wartgeldes zum Nachtheil des Anklägers von dem Richter eigenmächtig nicht erhöhet werden könne, leidet keinen Zweifel. KRESS *ad art. 204.* CC. Grundsätze des peinlichen Rechts §. 816. *n. e.*

ll) LEYSER *Spec. 484. Med. 5.* Struben in dem 3ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 12.

mm) *L. 6. pr. D. qui pot. in pign.*

nn) CARPZOV. *P. 1. C. 28. Def. 152.* STRUV *Ex. 44. §. 56.* SCHILTER *Ex. 39. §. 98.* LEYSER *c. l.* und Struben a. O.

cher der Richter wegen der sogenannten Atzungs- und Wartungskosten keinen Vorzug für den Beschädigten, oder ältere Gläubiger, die ein dingliches Recht haben, verlangen könne, und daher solche Kosten Amtshalber tragen müsse [oo]), wenn der Angeschuldigte sie zu ersetzen, nicht vermögend ist [pp]), es wäre dann, daß jener, nachdem er dem Gericht wegen der verwandten Verpflegungs- und Wartungskosten bereits verhaftet gewesen ist, eine neue Anleihe gemacht hätte, oder eine andere Verbindlichkeit eingegangen wäre, da denn die letzteren aus den bey der Geldbusse angezogenen Gründen billig nachstehen müssen [qq]).

Wenn gleich der Richter für die Berichtigung und Aufklärung der zur Vertheidigung eines Angeschuldigten dienenden Umstände von Amtswegen sorgen muß [rr]), so pfleget solches gleichwohl, nach dem Gerichtsbrauch, auf Kosten des Angeschuldigten [ss]) und bey dessen Armuth auf Kosten der El-

 tern,

oo) BALTHASAR *c. l. Sect. 3. p. 101.* Gmelin a. O. Cap. 5. §. 9. S. 402. BROCKES *Obs. 58.*

pp) Art. 47. 61. 154. 176. 219. P. G. O. KOCH *Inst. Iur. Crimin. §. 999.*

qq) *Arg. L. 46. §. 3. de Iur. fisci* und *L. 2. C. in quib. caus. pign. vel hyp. tacite contr.*

rr) *L. 19. D. de poen. L. ult. de quaest. Arg.* Art. 47. P. G. O. Meine Grundsätze des peinl. Rechts §. 537.

ss) Obwohl die defensiones in formaliter und materialiter tales eingetheilet werden können, s. REICHARD *in Annotatt. ad Schaumburgii principia praxeos iuridicae iudiciariae, Ien. 1775. lib. 2. cap. 9. §. 20.*

tern, der Ehemänner, und überhaupt solcher nahen Blutsfreunde zu geschehen, die den Gesetzen nach im Nothfall zur Leistung der Alimenten verbunden sind [tt]). Weil auch ein jeder dasjenige gerichtliche Verfahren, das er begehret, auf seine Unkosten geschehen lassen muß, so pfleget von solchen, die um Führung der Vertheidigung zum Besten des Angeschuldigten angesuchet haben, die Vermuthung angenommen zu werden, daß sie durch jenes Ansuchen zu den Kosten der Vertheidigung sich stillschweigend haben verstehen wollen [uu]). Allein, in dem Fall, da es entweder an solchen, die um Führung der Vertheidigung besonders angesuchet haben, oder an solchen, die zur Leistung der Alimente rechtlicher Art nach verbunden sind, ermangelt, oder auch diese, oder jene aus Mittellosigkeit solche Kosten nicht bezahlen können, fallen sie lediglich dem peinlichen Gericht zur Last [xx]). So-

§. *20. not.* ** *p. 273.*, so fallen gleichwohl beyde Arten der Kosten dem Angeschuldigten, der solche zu ersetzen vermögend ist, der Regel nach, lediglich zur Last. Art. 47. und 153. P. G. O. BOEHMER *ad art. 153. CC. §. 4.* Herr Vice-Kantzler KOCH *Inst. Iur. Crimin. §. 992.*

tt) *Arg.* Art. 47. und 153. P. G. O. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 115. Obs. 1.* und *in Meditatt. ad CC. art. 47. §. 6.* Die gegenseitige Meynung vertheidigen KRESS *ad art. 47. CC. §. 7.* und Herr Hofrath Meister in der ausführlichen Abhandl. des peinl. Processes in Deutschland S. 236.

uu) Meister a. O. §. 44.

xx) Art. 47. P. G. O. in den Worten: "Wo aber "der

Sowenig nun letzteres wegen der gehabten Vertheidigungs-Kosten einen Vorzug für den Beschädigten, oder ältere Gläubiger, die ein dingliches Recht haben, verlangen kann, so hat es gleichwohl, vermöge der oben angeführten Grundsätze, nach welchen dem Fiscus sogar wegen der Geldbusse von der Zeit an, da auf solche erkannt worden, ein gesetzliches Pfandrecht, wiewohl ohne Vorzug, gebühret, keinen Zweifel, daß auch von den Vertheidigungs-Kosten billig ein gleiches anzunehmen sey, folglich die von dem Angeschuldigten gemachten späteren Anleihen jenen billig nachstehen müssen.

Die anderweitigen Kosten, welche die Führung des peinlichen Processes erfodert hat, wohin auch diejenigen billig zu rechnen sind, welche die Vollstreckung des Urtheils nothwendig gemacht [yy]), geniessen

"der Verklagt, oder sein Freundschafft sollichen obgedachten Kosten, Armut halber nit ertragen oder "erleiden möcht, damit dann nichts desto minder "das übel gestraffet oder der unschuldig wider Recht "nit übereilt werde, so soll die Oberkeyt oder das "gericht den Kosten darlegen und der Richter in "Rechten für faren."

yy) Ogleich die sogenannten peinlichen Kosten, wenn man sie den Proceß-Kosten entgegen setzet, dem peinlichen Gerichte, der Regel nach, zur Last fallen, Art. 61. 204. 215. 216. P. G. O. so pflegen doch diejenigen, die lediglich der gegenwärtigen Execution halben verwandt werden müssen, und auf künftige Fälle keinen Einfluß oder Nutzen haben, davon ausgenommen, und der Verurtheilte zu deren Erstattung schuldig erkannt zu werden. F. A. HOMMEL *Diss. de pannicular. caeterisque damnator.*

geniessen, nach einigen Landesrechten [zz]), gleich den Geldbussen, die Vorzüge öffentlicher Steuren, und werden solchergestalt in der Erstigkeits-Urthel angesetzet, wenn nur zu der Zeit, da die Untersuchung, oder der peinliche Proceß seinen Anfang genommen hatte, der Concurs noch nicht würklich erkannt gewesen, folglich das Vermögen des Angeschuldigten annoch mit einem stillschweigenden Unterpfande füglich beleget werden können [aaa]). In Ermangelung solcher besonderen Landesgesetze behaupten andere Rechtslehrer, daß, da es der Obrigkeit Amt und Pflicht sey, die Missethaten zu rügen, und begangener Verbrechen wegen die Untersuchung anzustellen [bbb]), dieselbe auch die Inquisi-

tor. bon. vt et de expens. crimin. e bon. reor. vel subditor. subministrand. §. 44. Carrach in den rechtl. Anmerkungen von der Schuldigkeit die Kosten der Inquisition zu tragen, Halle 1774. Es macht jedoch die P. G. O. Art. 61. in dem Fall eine Einschränkung, wenn der Gemarterte nicht bekannt hat, und daher freygesprochen wird, als in welchem das Gericht die Gebühren des Nachrichters und anderer Diener des Gerichts zu tragen hat.

zz) Das Würtembergsche General-Rescript vom 13. Dec. 1746. c. 2. §. 4. Die Fuldische Concurs- und Prioritäts-Ordnung *p.* 3. *n.* 13. BOEHMER *de expens. criminal. c. 3. §. 15.* Gmelin a. O. S. 133.

aaa) Gmelin a. O. Cap. 4. §. 3. S. 220.

bbb) *L. 13. D. de offic. Praes.* v. Congruit bono et graui Praesidi, curare vt pacata atque quieta prouincia sit, quam regit, quod non difficile obtinebit, si sollicite agat, vt malis hominibus prouincia careat, eosque conquirat: non et sacrilegos,

quisitions-Kosten tragen, und um deswillen keinen Vorzug für den Beschädigten, oder andere Gläubiger des Angeschuldigten verlangen könne [ccc]): Gegentheils verweisen einige die Inquisitions-Kosten bey entstandenem Concurse über des Angeschuldigten Vermögen in die erste Classe [ddd]). Andere wollen, daß jene Kosten schlechterdings allen Gläubigern vorgehen müssen, die entweder nur ein blosses Privatunterpfand haben, oder zwar ein öffentliches, allein jüngeres, besitzen [eee]); andere Rechtslehrer räumen dem Richter wegen der Proceßkosten zwar ein stillschweigendes, oder gesetzliches Pfandrecht, allein ohne Vorzug ein [fff]). Noch andere weisen den Untersuchungs-Kosten bey ausgebrochenem Concurse über des Angeschuldigten Vermögen einen Platz in der vierten Classe an, und wollen sie nicht zwar den Pfandgläubigern, inzwischen doch den sogenannten Buchschuldnern, vorgezogen wissen

gos, latrones, plagiarios, fures conquirere debet; et prout quisque deliquerit, in eum animaduertere; receptoresque eorum coercere, sine quibus latro diutius latere non potest. Art 6. 61. 204. und 214. P. G. O.

ccc) BROCKES *Obs.* 58. und BALTHASAR *c. l. Sect.* 3. *n.* 2. *p.* 101.

ddd) HARPRECHT *Resp.* 92. *n.* 403. und *Cons.* 73. *n.* 23.

eee) *Arg. L.* 46. §. 3. *de Iure fisci L.* 3. §. 11. *de pecul.* LEYSER *Spec.* 90. *n.* 11.

fff) *Arg. L.* 2. *C. in quib. caus. pign. L.* 46. §. 3. *de Iure fisci.* CARPZOV. P. 1. *Lib.* 28. *Def.* 102. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 138. *Obs.* 10. MÜLLER *ad* STRVV. *Ex.* 49. §. 37.

sen[ggg]). Endlich machen noch andere einen Unterschied, ob bey der Art des Verbrechens, wovon die Rede ist, die Schadensersetzung die Strafe mildere, und besonders die Todesstrafe abwende, oder nicht? und sie geben besonders, wenn der Beschädigte und das Gericht im Streit gerathen, im ersten Fall dem Beschädigten, im andern dem Gericht, den Vorzug[hhh]).

Sowenig es gegründeten Einwendungen unterworfen ist, daß in dem Fall, da die Eingesessenen zum Beytrag der peinlichen Kosten verbunden sind, dem Richter zur Erlangung desselben ein privilegirtes Pfandrecht in ihren Güthern zustehe[iii]), so schwierig scheinet gleichwohl, bey der grossen Verschiedenheit in den Meynungen der Rechtslehrer, die Beantwortung der Frage zu seyn: Wer sodann, wenn die Güther eines Angeschuldigten nicht hinreichen, um dem Beschädigten und seinen Gläubigern Genugthuung zu leisten, und die Gerichtsgebühren zu bezahlen, den Vorzug haben solle? Was den ersten Fall, nämlich, ob der Richter wegen der Sporteln[kkk]) und anderweitigen Gerichts-

ggg) I. H. BOEHMER *de expens. criminal.* c. 3. §. 14. LYNCKER *Dec.* 310. I. S. F. BOEHMER *ad art.* 157. CC. §. 8. Claproth a. O. S. 162.

hhh) HOMMEL *de mitigat. poenae ob restitutionem rei ablatae* §. 9.

iii) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 128. *Obs.* 10. Gmelin a. O. S. 133.

kkk) Daß auch in peinlichen Fällen die gewöhnlichen Spor-

Gerichtskosten, oder der Beschädigte den Vorzug habe? anlanget, so entscheidet die peinliche Gerichts-Ordnung Art. 158. für den letzteren, indem es darin merklich heißt: und vor allen Dingen dem Beschädigten der Diebstahl, oder Werth dafür, so es in des Diebs Vermögen ist, wiederum werde. Ob nun zwar das Gericht, in dem Fall, da von einem Untersuchungs-Proceß die Rede ist, mit Grunde wegen der Kosten und hergebrachten Sporteln keinen Vorzug für den Beleidigten, der seine Schadensersetzung fodert, verlangen kann[lll]), so mag gleichwohl in dem eigentlichen Anklagsproceß der Ankläger seinen Verlag von dem Gericht, der Regel nach, nicht wieder zurückfodern, wenn der Angeklagte zu der Ersetzung desselben nicht im Stande seyn sollte[mmm]). Inzwischen stehet jenem auch nicht anzumuthen, daß er die noch rückständigen Kosten, welche der Proceß erfodert hat, die sich aber nicht auf die Atzung und Wartung beziehen, (als zu welchen der Ankläger angeführtermassen zu einem

Sporteln und Gerichtsgebühren einem in die Kosten verurtheilten Verbrecher angerechnet, und die Bezahlung derselben von ihm mit Recht begehret werden können, wenn er solche ohne Nachtheil des Beschädigten und anderer älteren Gläubiger abführen kann, hat nach den Gesetzen und dem Gerichtsbrauch keinen Zweifel. Art. 17. 61. 70. 73. 83. 206. und 219. P. G. O. Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 819.

lll) Art. 47. 61. 154. 158. 176. 219. P. G. O.

mmm) BOEHMER *ad art. 204. CC. §. 2.* Meine Grundsätze des peinlichen Rechts §. 816.

einem gewissen Theil gehalten ist) [nnn]), bezahle [ooo]). Sie fallen vielmehr lediglich dem Gericht zur Last [ppp]).

Sowenig als der Fiscus wegen der Sporteln und der andern Proceßkosten einen Vorzug für den Beschädigten, in dem Fall, da das Vermögen des Angeschuldigten zu beyderseitiger Befriedigung nicht hinreichet, begehren kann, eben sowenig kann er darauf mit Grunde Ansprache machen, wenn ältere, besonders Pfandgläubiger, vorhanden sind. Denn, wenn gleich die Gesetze dem Fisco wegen einer jeden Foderung und Verbindlichkeit, die entweder aus einem wahren, oder Quasi-Contract herrühret, ein gesetzliches, oder stillschweigendes Pfandrecht einräumen [qqq]), auch letzteres in peinlichen Fällen von der Zeit der erhobenen Special-Inquisition und da der Inquisit auf die Inquisitional-Artickeln geantwortet, an, billig für begründet annehmen, so giebet doch dieses dem Fisco zuständige Pfandrecht zwar einen Vorzug für jüngere, keinesweges aber für ältere Pfandgläubiger [rrr]). Würde daher ein Angeschuldigter nach der bereits wider ihn verhängt gewesenen

nnn) Art. 204. P. G. O.

ooo) Meister in den rechtl. Erkenntnissen und Gutachten in peinlichen Fällen *Dec. 50. n. 27.*

ppp) KOCH *Inst. Iur. Crimin. §. 999.*

qqq) *cit. L. 46. §. 3. de Iure fisci. L. 2. C. ex quib. caus. pign. vel hypoth. tac. contr.*

rrr) PUFENDORF *Introduct. in Proc. Criminal. Luneb. c. 27. §. 20.*

wesenen Untersuchung sich in neue Verbindlichkeiten eingelassen, oder Anleihen machen, so sind letztere den Gerichtsgebühren und andern peinlichen Proceßkosten billig nachzusetzen, es mögen solche spätern Anleihen mit, oder ohne Versicherung eines Pfandrechts gemacht seyn. Diese Grundsätze sind auch auf alle und jede peinliche Gerichte um so mehr anzuwenden, als die peinliche Gerichts-Ordnung allen Gerichten ausdrücklich die Wiedererstattung der Proceßkosten von dem Angeschuldigten einräumet[sss]), folglich es darauf, ob mit der peinlichen Gerichtsbarkeit das Ius fisci überhaupt verbunden sey, oder nicht[ttt]), dermalen nicht ankommt.

Weil übrigens eines theils der *L. 46. §. 3. de Iure fisci*[uuu]) allgemein und ohne Einschränkung redet, wenn er dem Fisco wegen aller und jeden Ansprüche in den Güthern seiner Schuldner ein dingliches Recht zugestehet, andern theils aber den Gerichtsgebühren, Wartungs- und Atzungskosten die rechtlichen Vorzüge der Alimente mit Grunde nicht bestritten

sss) Art. 204. und 219. P. G. O.

ttt) Diese Frage bejahen STRUV. *Ex. 49. §. 33.* MEVIUS *Comm. ad Ius Lubec. L. 2. T. 2. art. 14. n. 60—63.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 138. Obs. 10.*, verneinen aber COTHMANN *Vol. 2. Resp. 55. n. 42.* Struben in dem ersten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 171. §. 2. und im 3ten Theil *n.* 41.

uuu) v. Fiscus semper habet ius pignoris. *L. 2. C. in quib. caus. pign. vel. hyp. tac. contr.*

stritten werden können, so scheinet auch die Meynung derjenigen Rechtslehrer allerdings sehr vieles für sich zu haben, nach welcher in peinlichen Fällen die Gerichtsgebühren, wohin auch die Verpflegungs- Wartungs- und Vertheidigungs-Kosten billig zu rechnen sind, in die vierte Classe zu setzen und sodann, wenn zuvor der Beschädigte seine Befriedigung erhalten hat [xxx]), nicht allein den anderweitigen Foderungen, die jünger sind, sondern auch denjenigen Gläubigern, die bloß persönliche und keine ältere dingliche Rechte haben, oder sogenannte Buchschuldner sind, vorgezogen werden müssen [yyy]).

xxx) Art. 157. und 207. P. G. O.

yyy) I. H. BOEHMER *de praerog. hyp. publ.* CARPZOV. *P. 1. Lib. 28. Dec. 102.* MÜLLER *ad* STRUV. *Ex. 49. Th. 37.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 138. Obs. 10.* BOEHMER *ad art. 158. CC. §. 8.* Meine Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 821.

V.

Ob ein Anwald den Richter verwerfen und zum Verabscheuungs-Eyde zugelassen werden könne?

Obzwar verschiedene Rechtslehrer wider die Zulassung des Verabscheuungs-Eydes (Iuramenti perhorrescentiae) mancherley einwenden und es für einen wahren Misbrauch des Eydes halten, wenn dieser, oder jener im Streit befangener Theil, statt hinlängliche Gründe anzuführen, warum er sich dem Erkenntniß dieses, oder jenes Richters nicht unterwerfen wolle, damit abkommen kann, daß er mittelst eines körperlichen Eydes erhärte, wie er nicht glaube, oder dafür halte, daß jener in seiner habenden Rechtssache ihm allenthalben Recht und Gerechtigkeit wiederfahren lassen werde [a]), so vertheidigen gleichwohl andere Rechtslehrer, ebenfals vom Ansehen, den Gebrauch des Verabscheuungs-Eydes [b]) und berufen sich, ausser dem ausdrücklichen Ausspruch der Ge-

a) CARRACH *Diss. de eiuranda eieratione bonae spei, seu exiguo vsu iuramenti perhorrescentiae aduersus iudicem.*

b) BROCKES *de iuramento perhorrescentiae eiusque vsu practico*, s. dessen *Select. Obseruat. forens. Obs.* 2.

setze, auch auf den fast durchgängig angenommenen Gerichtsbrauch [c]).

Ob nun gleich in dem Römischen Recht [d]) Spuren von dem Gebrauch des Verabscheuungs-Eydes vorkommen, so ist es dennoch nicht zu bezweifeln, daß besonders das Canonische Recht zu der eieratione bonae spei, oder dem sogenannten Iuramento perhorrescentiae die vornehmste Veranlassung gegeben habe, und dessen Ableistung solchergestalt den Mangel des Beweises der exceptionis suspecti iudicis vertrete [e]). Zu den mancherley

c) BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib.* 2. *Tit.* 2. *§.* 72. Seyfart im allgemeinen deutschen Reichsproceß. Cap. 15. §. 49.

d) *L.* 12. *C. de iudic.* LEYSER *Suppl. ad. Spec.* 67.

e) *c.* 11. *§.* 1. *de Rescript. in* 6. v. Cum vero eiusdem ciuitatis seu dioecesis fuerint actor et reus, extra ipsas causa non committatur, nec conueniatur aliquis eorundem, nisi ab episcopo contra aliquem de sua dioecesi, vel ab aliquo contra eum, aut contra eius capitulum, seu contra vniuersitatem ciuitatis, villae, aut castri fuerit actio dirigenda: vel nisi actor eandem ciuitatem seu dioecesim intrare non audens, aut sui aduersarii potentiam merito perhorrescens, eum intra ipsas nequeat conuenire secure: in his quippe casibus extra dictas ciuitatem et dioecesim possit contra praedictos causa committi: nullus tamen eorum vltra vnam diaetam a fine suae dioecesis valeat conueniri. Sed et in duobus vltimis casibus, nisi imperans de praedicto timore, quem in litteris commissionis exprimere tenetur, primo fidem iudici faciat, saltem per proprium Iuramentum: iudex

cherley Gründen, weshalb jene Einrede zur Anwendung kommt, gehören alle diejenigen, weshalb die Unterlassung einer pflichtmäßigen Verwaltung der Justitz zu besorgen ist [f]). So einig man darin ist, daß die exceptio suspecti iudicis, wenn deren Richtigkeit mittelst Ableistung des Verabscheuungs-Eydes erhärtet worden, nicht als eine Beschimpfung, weshalb eine rechtliche Genugthuung gefodert werden könne, anzusehen sey [g]), so sind doch über die Frage: Ob bey der Bereitwilligkeit, den Verabscheuungs-Eyd leisten zu wollen, nicht der Grund der Furcht, oder des Argwohnes angegeben und zugleich zum wenigsten scheinbar gemacht werden müsse? verschiedene Meynungen. Diejenigen Rechtslehrer, die den Verabscheuungs-Eyd für eine Art des Erfüllungs-Eydes ansehen, erfodern, ausser der Anführung der Besorgniß, oder der Furcht, wenigstens einen

dex ipse nullatenus in causa procedat, sed partes a sua iurisdictione dimittens, impetrantem eundem in expensis legitimis alteri parti condemnet.

f) BROCKES *c. l.* §. 13. Der berühmte Herr Prof. PÜTTMANN *in Aduersar. Iur. vniu. Lib.* 1. *c.* 1. zeiget jedoch mit Widerlegung der Leyserschen entgegen stehenden Meynung *Spec.* 67. *med.* 3. daß, was die Feindschaft insbesondere anlanget, ad recusandum Iudicem nur eine inimicitia capitalis genüge. *Arg. L.* 3. §. *vlt. de adim. vel. transf. leg.*.

g) *c.* 5. *X. de except. c.* 39. *de offic. et potest. Iud. delegat.*

nen halben Beweis des angegebenen Grundes [h]); andere verlangen zwar keinen halben Beweis des Grundes der Verabscheuung, sie erfodern aber dagegen wenigstens eine Anführung der Ursachen, warum man den Ausspruch des Gerichts, oder des Richters zu fürchten glaubet, damit das Obergericht solchergestalt über die Wichtigkeit der Ursachen urtheilen, und darnach den angebotenen Verabscheuungs-Eyd entweder zulassen, oder verwerfen könne [i]). Diejenigen Rechtslehrer, welche der letzteren Meynung zugethan sind, wollen, daß der Verabscheuungs-Eyd nur in soferne an die Stelle der exceptionis suspecti iudicis getreten sey, als diese ihrer Natur nach durch Zeugen, oder Urkunden bewiesen werden müsse [k]), die würkliche Ableistung des Verabscheuungs-Eydes aber die Stelle anderer Beweisthümer vertrete [l]). Andere Rechtslehrer halten den Verabscheuungs-Eyd für eine Art des Eydes für Gefährde, und um deswillen erfodern sie auch nicht einmal eine allge-

h) LAVTERBACH *de Iuramento perhorrescentiae* §. 26. *seqq.*

i) BROCKES *c. l.* §. 21. und Seyfart's R. O. Cap. 15, §. 49.

k) *cap. 61. X. de appellat.*

l) FELTMANN *in Tr. de iurament. perhorrescent. L. 1. c. 4.* BERGER *Elect. Disc. forens. p. 333.* und *in Oeconom. Iur. p. 919.* STRYCK *in V. M. Tit. de iudic.* §. 14. MEV. *P. 2. Dec. 154.* BROCKES *c. l.* §. 11. 14. 20. WERNHER *T. 1. P. 5. Obs. 165.* und *T. 2. P. 10. Obs. 295.*

allgemeine Anführung der Ursachen, sondern sind mit der blossen Abschwörung völlig zufrieden [m]), und stellen es daher zu dem eigenen Ermessen der Parthey, ob sie die exceptionem suspecti iudicis anführen und beweisen, oder statt derselben, sich des Verabscheuungs-Eydes, als eines vorzüglicheren Rechtsmittels bedienen wolle [n]). Wenn gleich diese letztere Meynung und ihre Anwendung zum Misbrauch des Eydes viele Veranlassung giebet, und der eigentlichen Absicht des Verabscheuungs-Eydes zuwider läuft, so ist dieselbe gleichwohl, theils mehrere Weiterungen zu verhüten, theils weil man die Ableistung des Verabscheuungs-Eydes für eine Art der Demonstration hält, fast allgemein angenommen worden, und es pfleget darnach auch bey den höchsten Gerichten gewöhnlich erkannt [o]), und solchergestalt wider denjenigen, der zur Ableistung des Verabscheuungs-Eydes bereit ist, kein Beweis des Gegentheils für zuläßig geachtet zu werden [p]). Wie es inzwischen des Verabscheuungs-Eydes nicht bedarf, wenn ein Gericht, oder ein Richter notorisch partheyisch ist, vielmehr sodann auf Anrufen des sich beschweren-

m) BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. L. 2. T. 2. §. 74. 77.* MYNSING. *Cent. 3. Obs. 58. n. 1.* LEYSER *Spec. 67. Coroll. 1.*

n) BOEHMER *ad* TREUTLER *Disp. 11. Th. 1. lit. a.* WERNHER *T. 2. P. 2. Obs. 84.*

o) PUFENDORF *Tom. 1. Obs. 180.*

p) BROCKES *c. l. §. 31.*

den Theils die Acten sofort abgerufen zu werden pflegen [q]), so hat es gleichwohl keinen Zweifel, daß solcher Eyd sowohl vor, als nach der Kriegsbefestigung [r]), sowohl in der ersten, als zwoten Instanz [s]), sowohl wider einzelne Glieder des Gerichts, als wider ein ganzes Collegium zuläßig sey [tt]). Gegentheils pfleget der Verabscheuungs-Eyd, der Regel nach, sowenig wider solche Gerichte, von deren Erkenntnissen nicht appelliret werden kann, und folglich wider die höchsten Reichsgerichte [u]), als in peinlichen Fällen, für zuläßig geachtet zu werden, es wäre dann, daß in den letzteren der Angeschuldigte einen auf vieler Wahrscheinlichkeit beruhenden Grund des Verdachts angeben könnte, und durch die Ableistung des Verabscheuungs-Eydes nicht sowohl einen Aufhalt, als vielmehr die Beendigung und Beschleu-

q) CRAMER *Tom. 1. Obs. 288.*

r) WERNHER *T. 2. P. 7. Obs. 84.* Es hat diese Behauptung um soweniger Zweifel, wenn derjenige der sich zum Verabscheuungs-Eyde erbietet, zugleich zu schwöhren bereit ist, daß er nach der Einlassung auf die Klage allererst Grund zum Argwohn erhalten habe.

s) BROCKES *c. l. §. 12. 19.*

t) BOEHMER *c. l. §. 79.*

u) BLVM *in Proc. Cam. Tit. 25. n. 11.* GAIL *Lib. 1. Obs. 28. n. 3.* BERGER *in Oecon. Iur. L. 4. T. 25. Th. 4. n. 9.* MÜLLER *ad* STRVV. *Ex. 9. Th. 9. l. λ.* Die gegenseitige Meynung vertheidigen MYNSING. *C. 3. Obs. 58.* ROSENTHAL *de feud. c. 12. Concl. 4. 6.*

schleunigung der Sache suchen sollte [x]). Wenn gleich einige Rechtslehrer [y]) nur den Kläger, nicht aber den Beklagten, zum Verabscheuungs-Eyde zugelassen wissen wollen [z]), so verwerfen doch andere [aa]) diesen Unterschied und behaupten mit besseren Gründen, daß die Befugniß, an statt der exceptionis suspecti iudicis, sich zum Verabscheuungs-Eyde erbieten zu können, sowohl dem Kläger, als dem Beklagten, zustehe [bb]). Da ferner der Verabscheuungs-Eyd für eine Unterart des Eydes für Gefährde anzusehen ist, letzterer aber durch einen besonders dazu Bevollmächtigten abgeschworen werden kann [cc]), so pfleget es ganz unbedenklich gehalten zu werden, daß auch der Verabscheuungs-Eyd durch einen besonders dazu Bevollmächtigten geleistet werden könne [dd]), zu-

 mal,

x) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 540.

y) MEV. *P. 6. Dec. 71.* LAUTERBACH *cit. Diss.*

z) *Arg. c. 11. de Rescr. in 6.*

aa) CARPZOV. *P. 1. Const. 12. Def. 29. n. 1.* BOEHMER *c. l. §. 73.* WERNHER *T. 2. P. 7. Obs. 84.*

bb) *Arg. L. 41. pr.* und *L. 125. de Reg. Iur.*

cc) *cap. 3. de Iuramento Calumniae in 6.* v. Nullam tibi Iudex iniuriam fecisse censetur, qui procuratorem tui aduersarii constitutum ad causam, habentem super hoc speciale mandatum, admisit ad praestandum in ea calumniae iuramentum.

dd) WERNHER *P. 10. Obs. 295.* BROCKES *c. l. §. 25.* Das Gegentheil wollen inzwischen die Sächsischen Rechte s. L. R. B. 1. A. 46. B. 3. A. 88.

Ord.

mal, Inhalts der Vorschriften bürgerlicher Rechte, die durch einen besonders dazu Bevollmächtigten geschehene Eydesleistung nicht für widerrechtlich angesehen zu werden pfleget [ee]). Wie es keinem Zweifel unterworfen ist, daß der Sachwald einer Parthey, der sich Namens seines Principals zur Bestärkung des Verdachts wider den Richter zum Verabscheuungs-Eyde erbietet, und sich durch eine besondere Vollmacht hiezu rechtfertiget, dazu Namens seines Gewaltgebers allerdings zugelassen werden müsse, so ist gleichwohl von demjenigen Machthaber nicht ein gleiches zu sagen, der lediglich mit einem sogenannten mandato cum libera versehen ist [ff]).

Eben dasselbe, was von den Gewaltnehmern überhaupt gilt, und daß dieselben nur sodann zur Ableistung des Verabscheuungs-Eydes zugelassen werden können, wenn sie sich durch eine besonders erhaltene Vollmacht von ihren Machtgebern zu recht-

Ord. Pr. Sax. Vet. Tit. 18. §. fin. "Es soll auch "ein jeder Eyd, er sey für gefährde, iuramentum "delatum, suppletorium, oder wie er sonst genannt "werden mag, von denen Principalen selbst gelei-"stet, kein Anwald aber, da er gleich ein Special "mandatum hätte, hierinnen zugelassen werden.„

ee) *L. 9. §. 6.* und *L. 42. §. 2. de iureiur.* R. A. von 1654. §. 43. CARPZOV. *P. 1. Const. 12. Def. 29. n. 1.* Knorr in der Anl. zum gerichtl. Proceß Cap. 12. §. 20.

ff) Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses Tit. 10. §. 49. s. diese Beyträge im 2ten Stück *n. 11.*

rechtfertigen im Stande sind, gilt auch bey entstandenen Concursen von dem sogenannten Widersprecher, oder dem gemeinschaftlichen Anwalde, wenn er Namens seiner Principalen gegen diesen, oder jenen Richter Einwendungen macht, und sich zu deren Bestärkung zum Verabscheuungs-Eyde erbietet. Würde inzwischen ein solcher gemeinschaftlicher Bevollmächtigter bey dem Antrage auf Ableistung des Verabscheuungs-Eydes sich nicht auf erhaltene Aufträge von gesammten Gläubigern berufen, vielmehr bloß als gemeinschaftlicher Anwald wider das Gericht, oder einzelne Glieder desselben sich zum Verabscheuungs-Eyde, den er in eigenem Namen abzulegen bereit ist, erbieten, so scheinet es, daß er dazu allerdings zugelassen werden müsse. Denn, da ein gemeinschaftlicher Anwald bald als Kläger, bald aber als Beklagter die Stelle gesammter Gläubiger vertrit, und die Wahl der Einreden und anderer Rechtsmittel meistentheils von seinem eigenen Ermessen abhänget gg), so scheinet es auch keinen Zweifel zu haben, daß ihm diejenigen Rechtswohlthaten, die andern Klägern und Beklagten überhaupt zustehen, ebenfals frey bleiben müssen. Da nun zu jenen Rechtswohlthaten die Befugniß, durch Ableistung des Verabscheuungs-Eydes, die Erkenntnisse eines anscheinlich partheyischen Richters zu vermeiden, gehöret; so hat es auch, meinem Bedünken

gg) MANTZEL *de actoris communis officio in concursu creditorum*, *Rost.* 1735. Claproth in der Einl. in sämtliche summarische Processe S. 80.

dünken nach, kein Bedenken, daß, wenn der gemeinschaftliche Anwald entweder als Kläger, oder als Beklagter, verfähret, er diesen, oder jenen Richter verwerfen, sich zum Verabscheuungs-Eyde erbieten könne, und daß unter solchen Umständen, oder, wenn er in seinem eigenen Namen, wiewohl als gemeinschaftlicher Anwald, den Eyd abzulegen bereit ist, die Beybringung einer besonderen Vollmacht von ihm nicht füglich begehret werden möge. Diese Sätze lassen um so weniger gegründete Einwürfe zu, als die Gläubiger durch ihre dem gemeinsamen Anwald ertheilte Vollmacht zu erkennen geben, daß sie sich in Absicht aller rechtlichen Einleitungen, Einreden und gesetzlichen Mittel lediglich auf seine Einsicht und Gutbefinden verlassen, in soferne ihnen daraus kein gegründeter Nachtheil erwachsen kann [hh]). Ein anderer Fall würde es inzwischen angeführtermassen seyn, wenn der gemeinschaftliche Anwald nicht sowohl in seinem eigenen, als vielmehr der gesammten Gläubiger Namen besonders, sich zur Ableistung des Verabscheuungs-Eydes erbieten sollte. Denn, sodann hat es, meinem Bedünken nach, bey der Regel, nach welcher ein Anwald, der Namens seines Gewaltgebers den Verabscheuungs-Eyd leisten will, sich durch eine besonders erhaltene Vollmacht vorher rechtfertigen muß, lediglich das Bewenden [ii]). Weil

hh) CANTZ *Diss. de Contradictore in concursu creditorum, Tubing. 1769.*

ii) cap. 3. de Iuramento Calumniae in 6. WERNH. *P. 10. Obs. 295.*

Weil auch der gemeinsame Anwald nur das gemeinschaftliche Interesse gesammter Gläubiger wahrzunehmen verbunden ist, die Vertheidigung der Befugnisse und Rechte einzelner Gläubiger aber nicht übernehmen darf [kk]); so erhellet daraus ohne Schwierigkeit, daß in dem Fall, da nur ein, oder mehrere Gläubiger diesen, oder jenen Richter verwerfen, die Ableistung des Verabscheuungs-Eydes dem gemeinsamen Anwalde nicht füglich übertragen werden könne, ob es gleich jenen frey stehet, dazu allenfals einen besonderen Bevollmächtigten zu erwählen.

kk) BALTHASAR *de classificat. Creditorum in Concursu P. 1. p. 4.*

VI.

Ob die ästimatorische Klage von den Erben des Beleidigten fortgesetzet werden könne?

Daß wider die Erben eines Injurianten bey dem Mangel genommenen Antheils, ohne Unterscheid, ob die Klage bey Lebzeiten des Injurianten bereits anhängig gemacht worden sey, oder nicht, keine eigentliche Injurien-Klage statt finde [a]), vielmehr jene bloß wegen der thätlichen Injurien ihrer Erblasser, und zwar nur in soferne zur Ersetzung der Schäden und Kosten gehalten sind, als die hinterlassene Erbschaft solches erlaubet, ist keinem erheblichen Zweifel unterworfen [b]). Dasjenige, was von den Erben eines Injurianten gilt, scheinet auch um so mehr auf die Erben des beleidigten Theils gezogen werden zu müssen, als nicht allein die Gesetze, wenn sie wollen, daß Injurien-Klagen nicht auf die Erben gehen sollen, allgemein reden [c]), sondern auch von einem jeden billig

a) *L. 38. L. 111. §. 1. L. 164. de R. I. L. 22. C. de poen. L. vn. C. ex delict. defunct. in quant. hered. L. 15. §. 14. de iniur.*

b) BODINVS *de laes. defunct. ab hered. praestand.* Meine Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 87. 322.

c) *L. 15. §. 14. de iniur.* v. iniuriarum actio quae ex conuicio nascitur, in haeredes non est reddenda, sed nec haeredi. *L. 32. ad L. falcid.*

billig die Vermuthung anzunehmen ist, daß er bey und mit seinem Tode allen seinen Beleidigern werde verziehen haben [d]). Wenigstens scheinen nur diejenigen Fälle, da eine Schmähung, entweder zugleich auf die Erben und die Familie des Beleidigten eine Beziehung hat [e]), oder auch allererst nach dem Tode des Erblassers ausgestossen wird, und dessen guten Namen und Andenken schmälert [f]), eine Ausnahme von der allgemeinen Regel zu machen. Denn, in dem letzteren Fall hänget, Inhalts der Gesetze, die Erhebung, oder Anstellung der Injurien-Klage nicht einmal lediglich von der eigenen Willkühr der Erben ab, sondern sie sind dazu in alle Wege verbunden [g]). Ausser den angeführten Ausnahmen und Einschränkungen aber stehet die Injurien-Klage, dem Ansehen nach, einem Erben nicht zu, und es scheinet dieses auch in allem Betracht von der ästimatori-

d) I. H. BOEHMER *Diss. de iniquitat. et iniustit. act. iniuriar. Hal. 1701.*

e) *L. 11. §. 8. de iniur.* v. Plane si forte filius liberti, vel vxor velint iniuriarum experiri : quia patri maritoue non datur, denegandum non erit, quia suo nomine experiuntur. LEYSER *Spec. 546. n. 1.* Eisenhart in den 7ten Theil der Rechtshändel *n.* 14.

f) *L. 1. §. 4. L. 27. de iniur. L. 3. §. 7. de Sepulchr. violat.* LEYSER *Spec. 547. n. 1.* COTHMANN *Vol. 5. Resp. 87. n. 10.*

g) *L. 16. pr. L. 17. 20. de his quae vt indignis auferuntur.* MYLIVS *de iniur. mortuis illat. ab hered. vindicand. Lips. 1751.* WILLENBERG *de iniur. mort. illat. Gedan. 1726.*

torischen Action, vermöge deren der Beleidigte den Verlust, den er durch die Beschimpfung vermeyntlich an seiner Ehre und guten Namen erlitten hat, auf einen gewissen Geldpreis sezzen, und auf dessen würkliche Auszahlung gerichtliche antragen kann [h]), besonders gelten zu müssen. Denn, eines theils gehöret die ästimatorische Action zu den Poenalklagen, die ihrer Natur nach nicht auf die Erben gehen [i]), andern theils ist sie von je her den Sitten und Neigungen der Deutschen zuwider gehalten worden, und daher, wie noch jezo, verhaßt gewesen, indem für einen unbescholtenen Mann nichts erniedrigender seyn kann,

h) *§. 7. Inst. de iniur.* Obwohl die Kläger bey einer ästimatorischen Klage sich zur eydlichen Erhärtung ihrer gemachten Schäzung zu erbieten pflegen, auch, daß solche sogar bey Strafe der Absolution des Beklagten von Gerichtswegen aufgegeben werden müsse, von angesehenen Rechtslehrern, mit Berufung auf gesezliche Vorschriften, vertheidiget wird, GAIL *Lib. 2. Obs. 102. n. 6.* MEYER *in Coll. Argent. Lib. 47. Tit. 10. §. 33.* so pfleget gleichwohl der Gerichtsbrauch, zur Verhütung des Meyneydes, solche nicht zu erfodern, vielmehr die Grosse der dem Beleidigten zu bezahlenden Summe lediglich zum richterlichen Ermessen zu verstellen. BOEHMER *de actionibus Sect. 2. cap. 11. §. 55. not.*

i) *§. 1. Inst. de perp. et temporal. act.* v. Est enim certissima iuris regula, ex maleficiis poenales actiones in heredem rei non competere, veluti furti, vi bonorum raptorum, iniuriarum, damni iniuriae. Sed heredibus huiusmodi actiones competunt nec denegantur: excepta iniuriarum actione, et si qua alia similis inueniatur. *L. 18. §. 4. de iniur.* WESTENBERG *in Princip. Iur. Lib. 17. Tit. 10. §. 35. seqq.*

kann, als wenn er seine Ehre und guten Namen mit einem gewissen bestimmten Geldpreise in Verhältniß und Vergleichung setzet [k]). Indessen sind alle diese Einwürfe nicht hinreichend, den Erben den Gebrauch der ästimatorischen Klage, ausser den oben bemerkten Einschränkungen, schlechterdings bestreiten zu können. Denn, da die Action lediglich und allein in dem Römischen prätorischen Recht ihren Grund hat [l]), so ist ihre Anwendung auch lediglich nach den Grundsätzen der Römischen Gesetze zu bestimmen, keinesweges aber aus allgemeinen Gründen in Zweifel zu ziehen. Da nun jene, sowohl bey den Poenalklagen überhaupt [m]), als bey den Injurien-Klagen und besonders bey der ästimatorischen Action, den Unterschied, ob der Krieg

k) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 329.

l) §. 7. *Inst. de iniur.* v. Sed postea Praetores permittebant ipsis, qui iniuriam passi sunt, eam aestimare, vt iudex vel tanti reum condemnet, quanti iniuriam passus aestimauerit, vel minoris, prout ei visum fuerit. Sed poena quidem iniuriae, quae ex lege duodecim tabularum introducta est, in desuetudinem abiit, quam autem Praetores introduxerunt (quae etiam honoria appellatur) in iudiciis frequentatur.

m) §. 1. *in fin. Inst. de perpet. et temp. act.* v. Poenales autem actiones, quas supra diximus si ab ipsis principalibus personis fuerint contestatae, et haeredibus dantur et contra haeredes transeunt. *L. 26. de O. et A.* Omnes poenales actiones post litem inchoatam et ad haeredes transeunt. *L. 33. L. 58. de O. et A.*

Krieg Rechtens bey Lebzeiten des Erblassers bereits befestiget worden sey, oder nicht [n]), annehmen, so muß es auch bey diesem Unterschiede in Beantwortung der Frage: Ob die Erben des Beleidigten die ästimatorische Action fortsetzen können, oder nicht? lediglich das Bewenden behalten [o]). So wie nun auf der einen Seite, vermöge der vorstehenden Grundsätze, die Anregung der ästimatorischen Klage bey Erben nicht statt findet, wenn dieselbe bey Lebzeiten des Erblassers nicht schon erhoben worden, so hat es auf der andern Seite keinen Zweifel, daß die Erben jene Klage fortsetzen können, wenn solche bereits bey Lebzeiten des Erblassers anhängig gemacht, und zugleich von dem Injurianten der Krieg Rechtens befestiget worden. Da nun das Römische Recht in seinem ganzen Umfange in Deutschland auf- und angenommen worden, und für dessen allgemeine Anwendung die Vermuthung obwaltet, so pflegen auch die Rechtslehrer die aufgeworfene Frage lediglich nach dem bemerkten Unterschiede zu beantworten [p]). Es hat inzwischen keinen Zweifel,

n) *L. 13. pr. de iniur.* v. iniuriarum actio neque haeredibus, neque in haeredes datur. Idem est et si in seruum meum iniuria facta sit. Nam nec hic haeredi meo iniuriarum actio datur. Semel autem lite contestata hanc actionem etiam ad successores pertinere. *§. 1. I. de perp. et temp. act.*

o) *L. 28. de iniur.* v. Iniuriarum actio in bonis nostris non computatur, antequam litem contestemur.

p) FABER *Definit. forens. Lib. 9. T. 20. Def. 2.* CARPZOV. *P. 4. Const. 42. Def. 11.* BERGER *in*

Zweifel, daß die Schätzung der Injurie, oder die Beurtheilung der Grösse einer Beschimpfung, vorzüglich nach der Zeit, da sie zugefüget, keinesweges aber nach der Zeit, da in der Sache entschieden worden, geschehen müsse [q]).

Wenn man inzwischen gleich nicht bezweifeln kann, daß, vermöge des Hülfsgebrauchs des Römischen Rechts, nach erfolgter Kriegsbefestigung die Erben des Beleidigten die Injurien-Klage, vorzüglich aber die ästimatorische Action fortzusezzen befugt sind, so ist gleichwohl dieser Rechtssatz nur von der geschehenen besonderen Kriegsbefestigung (litis contestatio specialis) zu verstehen. Denn da, vermöge des neuesten Reichsabschiedes [r]), eine jede Einlassung auf die Klage sich auf alle und jede Umstände besonders erstrecken, oder eine jede litis contestatio specialis seyn muß, die litis contestatio generalis aber verboten ist [s]), so kann auch die von dem Injurianten bey Lebzeiten des Erblassers geschehene litis contestatio generalis diejenigen Wirkungen, welche, nach den Vorschriften des Römischen Rechts, mit der Kriegsbefestigung überhaupt verbunden waren,

 und

in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 9. Th. 18. MEV. *P. 2. Dec. 136.* BOEHMER *de act. c. l. §. 57.*

q) *L. 21. de iniur.* v. Iniuriarum aestimatio non ad id tempus, quo iudicatur, sed ad id, quo facta est, referri debet.

r) von 1654. §. 37. Es sollen auch hinfüro 2c. 2c.

s) SCHAVMBVRG *in Princip. Prax. Iudiciar. Lib. 1. Sect. 1. membr. 2. cap. 5. §. 3.* Seyfart im deutschen Reichsproceß Cap. 7. §. 5.

und wohin besonders gehörte, daß solche Klagen, die sonst nicht auf die Erben gingen, nun auf dieselben kamen, nicht hervorbringen, zumal die ästimatorische Klage überhaupt verhaßt, und daher eher einzuschränken, als zu erweitern ist [t]).

Da die Gesetze, wenn sie wollen, daß die Injurien-Klage, besonders aber die ästimatorische Action, auf die Erben gehen solle, eine würklich geschehene Kriegsbefestigung zum Grunde setzen [u]), so scheinet es auch, daß die sogenannte ficta litis contestatio, die überhaupt nicht allemal mit der vera gleiche Wirkungen hat [x]), wenigstens dermalen derselben nicht gleich geachtet werden könne, vielmehr die Erben des Beleidigten, wenn sie die letztere zu beweisen nicht im Stande sind, mit der Fortsetzung der von ihrem Erblasser angeregten ästimatorischen Action billig abgewiesen werden müssen.

Weil ferner, bekannten Rechten nach, die bloße Anführung der Schutzreden den Krieg Rechtens nicht befestiget, wenn es an einer besonderen Einlassung auf die Klage annoch ermangelt [y]), so können

t) BOEHMER *Tr. de actionib. c. l. §. 57.*

u) *§. 1. in fin. Inst. de perp. et temp. act. L. 26. L. 33. L. 58. de O. et A. L. 13.* und *28. de iniur.*

x) BERGER *in Oecon. Iur. Lib. 4. Tit. 35. Th. 13. n. 1.*

y) *Cap. 2. de lit. contest. in 6to* v. Si oblato ab actore libello, ex parte rei exceptio peremptoria proponatur, nequaquam per hoc litis contestatio intelligitur esse facta: imo ea non obstante (nisi sit de illis exceptionibus, quae litis contestationem impediunt) fieri oportebit eandem.

können auch die Erben eines Beleidigten die ästimatorische Action sodann nicht fortsetzen, wenn letztere zwar von ihrem Erblasser gerichtlich in Anrege gebracht worden, der Injuriant aber sich nicht darauf besonders eingelassen, vielmehr durch Entgegensetzung einer, oder mehrerer Schutzreden der würklichen Einlassung auf die Klage auszuweichen gesuchet hatte [z]). Eben das, was jetzt von der blossen Anführung und Entgegensetzung gewisser Schutzreden gesaget ist, ist auch billig von dem Fall zu verstehen, da bey Lebzeiten des Erblassers zwar eine Einlassung auf die Klage geschehen, selbige aber dunkel und zweifelhaft geblieben ist. Denn, der animus litem contestandi war nicht allein schon bey den Römern [aa]) erfoderlich, sondern ist auch noch heutiges eine nothwendige Eigenschaft der Kriegsbefestigung, und es ist daher in Ermangelung jener, die letztere sowenig überhaupt, als besonders nach ihren Wirkungen, anzunehmen [bb]). Hätte daher der Injuriant sich zwar auf die wider ihn erhobene ästimatorische Action eingelassen, allein nur in dunkeln und zweifelhaften Ausdrücken

 bey

z) Wenn sich der Kläger in seiner Replic auf die ihm entgegen gesetzten zerstöhrlichen Schutzreden einlässet und ihre Anwendung abläugnet, so wird zwar sonst nach dem Zeugniß bewährter Rechtslehrer die litis contestatio als negatiue facta angenommen. CRAMER *Tom. 4. Obs. 1207.* ; inzwischen ist hievon auf den gegenwärtigen Fall, meinem Bedünken nach, keine Anwendung zu machen.

aa) Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses §. 6. *p.* 3.

bb) SCHAVMBVRG *c. l. §. 2. not.*

bey Lebzeiten des Beleidigten geantwortet, so läßt sich auch kein sogenannter Quasi-Contract, der sonst aus der Kriegsbefestigung erwächset, und weshalb Klagen, die an und für sich und ihrer Natur nach, von Erben nicht fortgesetzet werden können, nun auf dieselben gehen, in keine Wege gedenken. Im Fall aber die von dem Erblasser geschehene Kriegsbefestigung die erfoderlichen Eigenschaften an sich hat, und daher, weil solche vorhanden, die ästimatorische Action von den Erben des Beleidigten fortgesetzet werden könnte, mag der Injuriant jene dadurch nicht ablehnen, daß er vielleicht kein Vermögen besitze, um die gefoderte Summe, wenn sie ihm demnächst durch Urthel und Recht aufgeleget würde, auszahlen zu können. Denn, eine angestellte ästimatorische Action wird nach dem Zeugniß bewährter Rechtslehrer bey den mittellosen Umständen des Injurianten nicht sofort unstatthaft, vielmehr ist sodann von dem Richter statt der verlangten Genugthuung durch Geld, auf eine verhältnißmäßige Gefängnißstrafe zu erkennen "), oder vielmehr, welches mir angemessener zu seyn scheinet, eine gerichtliche Abbitte mit Vorbehalt der Bestrafung zu bestimmen.

cc) SCHILTER *Ex.* 49. §. 27.

VII. Ob

VII.

Ob zur Verbindlichkeit eines Bekenntnisses die geschehene Annahme des andern Theils erfodert werde?

Da das eigene Bekenntniß nicht allein die Stelle anderer Beweisthümer vertritt [a]), sondern sogar den letzteren vorgezogen [b]), nach dem Römischen Rechte aber sogar einer rechtskräftigen Entscheidung und Verurtheilung gleich geachtet wird [c]), so ist die genauere Bestimmung der Eigenschaften eines unwiderruflichen Bekenntnisses allerdings sehr nothwendig. Wenn nun gleich die Rechtslehrer in diesen Haupterfordernissen eines gerichtlichen Bekenntnisses übereinkommen, daß es vor dem zuständigen Gericht, mit völliger Ueberlegung [d]), unumwunden und ohne Einschränkung, abgeleget worden, auch sich ledig-

a) *L. 13. C. de non numerat. pecun. L. 2. C. de transact.* CARPZOV. *P. 2. Const. 3. Def. 8. n. 10.*

b) *c. 10. X. de probat. c. 14. X. de fide instrument.*

c) *L. 1. D. de confess.* v. Confessus pro iudicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur. *L. 25. §. 2. ad L. Aquil.*

d) Ein Bekenntniß daher, das entweder auf Irthum beruhet, oder hinterlistiger Weise und durch andere unzuläßige Mittel herausgelocket worden, hat keine verbindliche Kraft. *L. 2. D. de confess.* FABER *Lib. 7. Tit. 24. Def. 5. n. 2.*, ein Minderjähriger aber ist wider ein ihm nachtheiliges Bekenntniß im vorigen Stande zu setzen. *L. 7. de minor.*

lich auf eigene Thatsachen [e]) beziehen müsse [f]), so herrschet gleichwohl in Absicht auf die Frage: Ob auch die Annahme des Bekenntnisses vom andern Theil in bürgerlichen Sachen zu dessen Verbindlichkeit und Unwiderruflichkeit erfoderlich sey? eine grosse Verschiedenheit in ihren Meynungen. Denn, wie einige [g]), ohne unter einem gerichtlichen und aussergerichtlichen Bekenntnisse zu unterscheiden, die erfolgte Annahme zur rechtsbeständigen Verbindlichkeit erfodern [h]), so wollen andere hierauf überall nicht gesehen wissen [i]). Diejenigen,

e) Aus diesem Grunde kann sowenig das Bekenntniß des Vormundes dem Pflegbefohlnen, daß Bekenntniß des Vaters dem Sohne, der Verwalter einer Commüne der letzteren, als des Gewaltnehmers dem Gewaltgeber in Ermangelung einer besonderen Vollmacht nachtheilig seyn. *L. 74. de Reg. Iur. L. 1. de alienat. iudic. mutand. caus. fact. L. 6. §. 4. de confess.* LYNCKER *Cent. 2. Dec. 117. Cent. 4. Dec. 362.* BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib. 2. Tit. 18. §. 5.*

f) *c. 1.* und *10. X. de confess. c. 16. X. de offic. et potest. Iud. deleg. c. 14. X. de fid. instrument.* I. H. BOEHMER *Inst. Iur. Canon. Lib. 2. Tit. 18. §. 2. 3. 4.*

g) MEV. *P. 7. Dec. 154. n. 1.* MEYER *in Coll. Argent. Lib. 42. Tit. 2. §. 6.* G. L. BOEHMER *in Princip. Iur. Canon. §. 873.*

h) *L. 6. §. 3. de confess.* v. si quis absente aduersario confessus sit, videndum, num quid non debeat pro iudicato haberi, quia nec qui iurat de operis, obligatur: nec soleat quis absenti condemnari. Certe procuratorem, tutorem, curatoremque praesentem esse sufficit.

i) LEYSER *Spec. 473. Coroll.* Struben im ersten Theil der rechtl. Bedenken *n. 159.*

gen, welche der letzteren Meynung zugethan sind, vertheidigen solche aus dem Grunde, weil theils heutiges Tages das Bekenntniß in Absicht auf seine Wirkungen einer rechtskräftigen Entscheidung nicht mehr gleich geachtet werde [k]), theils, das vornehmste Gesetz, das man zum Beweise des Gegentheils anzuführen pfleget [l]), ausser Gebrauch gekommen [m]), theils auch ohne eine besondere Annahme von dem Gegentheil zu vermuthen sey, daß er ein ihm zum Vortheil gereichendes Bekenntniß annehmen werde [n]). Andere unterscheiden unter einem Bekenntniß, das dem, der es gethan, nachtheilig, und einem solchen, das dem andern Theil, dem es zum Besten geschehen, vortheilhaft ist und dessen bisherige Verbindlichkeit aufhebet [o]). Nur in dem ersteren, nicht aber in dem letzteren Fall, erfodern sie zur Unwiderruflichkeit die Annahme des andern Theils [p]). Noch andere wollen unter einem gerichtlichen und aussergerichtlichen Bekenntnisse unterschieden wissen [q]), und sind bey jenem mit der blossen Gegenwart des

k) HELLFELD *in Iurispr. forens.* §. 1800.

l) L. 6. §. 3. *de confess.*

m) BRVNNEM. *ad cit. Leg.* HOMMEL *Obs.* 217.

n) LAVTERBACH *in Coll. Th. pract. Tit. de confess.* §. 15. Struben a. O.

o) MYNSINGER *Cent.* 4. *Iud.* 51.

p) L. 40. D. und L. 4. C. *de pact.*

q) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib.* 4. *Tit.* 25. *Th.* 13. *n.* 2. WERNH. *T.* 2. *P.* 10. *Obs.* 266.

andern Theils zufrieden [r]), bey diesem aber erfodern sie seine ausdrückliche Annahme [s]). Wenn diese nun würklich vorhanden, so legen sie dem aussergerichtlichen Bekenntnisse eine völlige Beweiskraft, ausserdem aber nur die Wirkung eines halben Beweises, bey [t]). Endlich behaupten andere, daß auch ein aussergerichtliches Bekenntniß ohne Annahme verbindlich und daher unwiderruflich sey, wenn nur die Richtigkeit, oder das würkliche Daseyn desselben, durch genugsame Zeugen, Urkunden und Schriften, oder sonst, gehörig bewiesen sey [u]).

Ziehet man das zum Beweise des Satzes, daß zur Verbindlichkeit und Unwiderruflichkeit eines gerichtlichen Bekenntnisses die Annahme des andern Theils schlechterdings erfoderlich sey, am meisten angezogen werdende Gesetz [x]) in gehörige Erwägung, so ergiebet der Augenschein, daß solches dasjenige in keine Wege beweise, oder enthalte, was man aus demselben gewöhnlich zu beweisen, oder herzuleiten suchet. Denn, eines theils erfodert solches nicht ausdrücklich die feyerliche Annahme des Geständnisses zur Verbindlichkeit, sondern bloß die Gegenwart dessen, dem es zum Vortheil

r) *L. 6. §. 3. de confess.*

s) *L. 26. §. vlt. depositi L. 3. de confess.*

t) *L. 58. §. 2. de aedilit. edict.*

u) LAVTERBACH *in Comp. Iur. Lib. 42. Tit. 2.* LVDOVICI *in vs. practico Distinct. Iurid. Lib. 42. Tit. 2. Dist. 2.* SCHORCH *Sent. 324. n. 9.*

x) *L. 6. §. 3. D. de confess.*

Vortheil gereichen soll, andern theils ist dasselbe vorzüglich aus den Grundsätzen der Römischen Rechte, nach welchem ein solches beschriebenes Bekenntniß die Wirkung einer rechtskräftigen Urthel hatte, und daher wider denjenigen, der es geleistet hatte, die actio confessoria, als wider einen Verurtheilten, statt fand [y]), vorzüglich zu erklären. Nach dem Römischen Rechte bedurfte es nach vorhandenem Bekenntnisse sogar keiner eigentlichen Entscheidung, vielmehr war die nachfolgende Urthel nur lediglich als eine Art von Erklärung anzusehen, daß ein Erkenntniß mit seinen rechtlichen Wirkungen bereits vorhanden sey [z]). Da nun heutiges Tages die beschriebenen Wirkungen eines angenommenen Bekenntnisses nach Römischen Rechten keine weitere Anwendung finden, und ein Bekenntniß an und für sich einer rechtskräftigen Entscheidung nicht ferner gleich geachtet wird, so kann es auch sowenig auf die Gegenwart des andern Theils bey dem geleisteten Bekenntnisse, als auf dessen förmliche Annahme ferner ankommen, zumal andere deutlich redende Gesetze auf diese Umstände keinen Betracht nehmen, vielmehr ein jedes mit gehöriger Ueberlegung geleistetes Bekenntniß verbindlich halten, und es im Gegentheil für ein unwürdiges Benehmen erklären, wenn jemand seinem eigenen Bekenntnisse zuwider

zu

y) *L. 23. §. 11. ad L. Aquil.* HOFACKER *Inst. Iur. Rom. §. 421.*

z) CVJACC. *obseruatt. L. XX. c. 30.*

zu handeln suchen wollte [aa]). Vermöge dieser Gründe kann man denjenigen Rechtslehrern, die ein jedes Bekenntniß, es sey gerichtlich, oder aussergerichtlich, in soferne es nur nicht auf Verstellung, oder böslichen und hinterlistigen Mitteln beruhet, wenn gleich die ausdrückliche Annahme des andern Theils fehlet, für verbindlich halten, seinen Beyfall nicht versagen [bb]). Weil inzwischen ein Bekenntniß von demjenigen, der es geleistet hat, in der Folge leichtlich anders erkläret, oder für verstellt und irrig angegeben werden könnte, so ist freylich in dieser Hinsicht, und bey solchen Leuten, bey denen man dieß besorgen muß, die Annahme, wenn gleich nicht nothwendig, doch eine gute Vorsicht. Denn, unter solchen Umständen nimmt das Bekenntniß die Natur eines Vertrages an, welcher auf beyden Seiten eine verbindliche Kraft erlanget, und der Einwand des Irrthums, der sonst einem Bekenntniß in Beystimmung der Gesetze gemacht werden kann [cc]), findet bey einer förmlichen Annahme des geleisteten Bekenntnisses nicht füglich einige Anwendung

aa) *L. 13. C. in fin. de non numerat. pecun.* v. nimis enim indignum esse iudicamus, quod sua quisque voce dilucide protestatus est, id in eundem casum infirmare, testimonioque proprio resistere. *c. 10. X. de probat.*

bb) LEYSER und HELLFELD *c. c. l. l.* Struben a. O.

cc) *L. 2. D. de confess.* v. non fatetur, qui errat, nisi ius ignorauit.

dung [dd]). Bey einem aussergerichtlichen Bekenntnisse ist die Vorsicht, daß solches nützlich angenommen werde, um so mehr zu empfehlen, als viele Rechtslehrer demselben sodann nur die Wirkung eines halben Beweises beylegen, wenn entweder die geschehene Annahme von der andern Seite nicht bewiesen werden kann [ee]), oder es auch an der Wiederholung des aussergerichtlichen Bekenntnisses, als welche die Kraft eines gerichtlichen Bekenntnisses hervorbringet, ermangeln mögte [ff]). Ob nun gleich der erste Satz auf einer ganz unrichtigen Erklärung der Gesetze [gg]) beruhet, und vielmehr,

dd) *L. 9. C. de except.* v. si quidem intentionem actoris probatione deficere confidis, nulla tibi defensio necessaria est. Si vero de hac confitendo, exceptione te munitum asseueras, de hac tantum agi conuenit. Nam, si etiam de intentione dubitas: habita exceptionis contestatione, tunc demum, cum intentionem suam secundum asseuerationem suam petitor probauerit, huic esse locum monstrari conuenit.

ee) STRVV *Syntagm. Iur. Ciu. Ex. 44. Th. 25.* SCHÖPFER *Synops. Iur. Tit. de confess. n. 15.* BERGER *in Oecon. Iur. Lib. 4. Tit. 25. Th. 13. n. 2.* WERNHER *T. 2. P. 10. Obs. 266.* LEYSER *Spec. 473. n. 2.* HOMMEL *Obs. 217.*

ff) *Arg. L. 71. §. 2. de legat. 1.* CARPZOV. *P. 1. Const. 16. Def. 21. n. 4. 5.*

gg) *L. 58. §. fin. de aedilit. edict.* v. Seruum dupla emi: qui rebus ablatis fugit: mox inuentus praesentibus honestis viris, interrogatus, an et in domo venditoris fugisset, respondit fugisse, quaero, an standum sit responso serui? Paulus respondit: si et alia indicia prioris fugae non deficiunt, tunc etiam serui responso credendum est. *c. 3. X. de success. ab intestat.*

vielmehr dawider, daß ein aussergerichtliches Bekenntniß, wenn es nur anderweit durch Zeugen, oder Urkunden bewiesen worden, auch ohne erfolgte Annahme des andern Theils, in bürgerlichen Sachen eine völlige Beweiskraft habe, keine erhebliche Zweifel gemacht werden können [hh]), so geben gleichwohl verschiedene Rechtslehrer demselben ihren Beyfall [ii]). Aus dieser Ursache ist die Annahme des aussergerichtlichen Bekenntnisses nicht zu versäumen, wenn gleich solches, an und für sich betrachtet, daher nichts an seiner Kraft gewinnet.

In peinlichen Fällen wird die geschehene Annahme des gerichtlichen Bekenntnisses nirgends erfodert, vielmehr hat letzteres, um darauf die Verurtheilung bauen zu können, eine völlige Beweiskraft, wenn es, nach bewiesener Missethat, von dem Angeschuldigten vor besetzten zuständigen Gericht ohne hinterlistige Ueberredung, frey von Furcht

hh) LVDOVICI, LAVTERBACH und SCHORCH *c. c. l. l.*

ii) Noch andere Rechtslehrer wollen einem aussergerichtlichen Bekenntnisse, wenn es gleich rechtsbeständig bewiesen würde, keinesweges die Kraft eines völligen Beweises, sondern nur die Wirkung einer rechtlichen Muthmassung, beygeleget wissen, s. HELLFELD *c. l. §. 1801.* und der daselbst angeführte BOEHMER *in Consult. et Decis. Tom. 3. P. 1. n. 46.* Allein, wenn gleich dieser Satz in peinlichen Sachen nicht zu bezweifeln stehet, Art. 32. P. G. O., so ist gleichwohl davon auf blosse bürgerliche Sachen kein Schluß zu machen, vielmehr hat es darin bey der angezogenen Regel lediglich das Bewenden.

Furcht und Zwang abgeleget wird, die angegebenen Umstände auch nach angestellter sorgfältigen Untersuchung und Prüfung der Wahrheit gemäß befunden werden, und die bereits vorhandenen Anzeigen an der Richtigkeit des Bekenntnisses nicht zweifeln lassen [kk]). Daß es insbesondere in peinlichen Fällen auf die Annahme des gerichtlichen Bekenntnisses nicht ankomme, ist daher von selbst klar, weil eines theils die Gesetze dem Angeschuldigten erlauben, sein Bekenntniß widerrufen zu können, wenn solches entweder auf Irthum beruhen, oder sonst durch unrechtmäßige Mittel bewirket seyn sollte [ll]), andern theils aber sogar nach erfolgter Verurtheilung bey geschehenem Widerruf die Urthel nicht zur Vollstreckung gebracht, vielmehr annoch nähere Prüfung und Untersuchung, ob der Verurtheilte zum Widerruf genugsamen Grund gehabt habe, oder nicht? eingezogen werden soll [mm]). Wenn auch gleich bey einer solchen Untersuchung und freygelassenen Vertheidigung die Ursache des Widerrufs falsch befunden würde, so kann doch ein Erkenntniß, welches nun die Urthel ohne Anstand zu vollziehen und auf einen

kk) Art. 6. 13. 17. 20. 45. 47. 48. 54. 56. 60. P. G. O. Meine Grundsätze des peinl. Rechts §. 680.

ll) Art. 57. P. G. O. BOEHMER *ad hunc art.* §. 5. COTHMANN *Vol.* 3. *Resp.* 29. *n.* 344. GVAZZINI *Defens.* 30. *c.* 37. HARPR. *Cons.* 94. *n.* 20.

mm) Art. 91. P. G. O. *de* BOEHMER *ad cit. art.* §. 1. 2. 7.

nen etwanigen nochmaligen Widerruf nicht ferner zu achten vorschreibet [nn]), sich lediglich nur auf die bekannten Ursachen des Widerrufs, die bey der Untersuchung unrichtig, oder falsch befunden worden, beziehen. Denn, würde ein Verurtheilter sein Bekenntniß auch zum andern, und vielleicht gar zum dritten mal, aus scheinbaren Ursachen widerrufen, so ist auch die erkannte Strafe keinesweges zur Vollziehung zu bringen, vielmehr dem Verurtheilten gleichfals eine neue Vertheidigung billig zu erlauben [oo]). Ein anders ist es, wenn man von dem Ungrunde des neuen Widerrufs aus actenkündigen Beweisen völlig überzeuget seyn sollte [pp]).

Sowenig auch zu einem aussergerichtlichen Bekenntniß in peinlichen Fällen eine förmliche Annahme erfoderlich ist, vielmehr das Bekenntniß, wenn es von einer Person herrühret, zu der man sich einer solchen bösen That versehen kann, und sich auf ein besonderes Verbrechen beziehet, eine nahe Anzeige hervorbringet [qq]), im Fall die Sache selbst, oder das würkliche Daseyn des aussergerichtlichen Bekenntnisses, entweder durch die nochmalige Bekräftigung und Wiederholung, oder durch

nn) Dergestalt pfleget gewöhnlich erkannt zu werden, s. *de* BOEHMER *ad art.* 91. *CC.* SCHORCH *sentent.* 106. *n.* 7. *Sent.* 187. *n.* 27.

oo) Grundsätze des peinl. Rechts §. 782.

pp) LEYSER *Spec.* 589. *n.* 9. SCHORCH *Sent.* 106. *n.* 7.

qq) Art. 32. P. G. O. KOCH *Inst. Iur. Crimin.* §. 738.

durch zweener Zeugen Aussagen ausser Streit gesetzet worden, so hat gleichwohl ein aussergerichtliches Bekenntniß, wenn es schon alle gehörige Eigenschaften hätte, in peinlichen Fällen niemals die Wirkung eines vollständigen, sondern nur eines halben Beweises [rr]). Sollte inzwischen nur von geringen Verbrechen, oder Begünstigungen die Rede seyn, so pfleget man nach dem Gerichtsbrauch ein aussergerichtliches Bekenntniß, zumal, wenn es oft wiederholet worden, für hinreichend zu halten, um darauf die Verurtheilung zu einer geringen, oder bürgerlichen Strafe bauen zu können [ss]). Doch muß es mit gehöriger Ueberlegung abgeleget, und den bekannten Umständen und Anzeigen gemäß, daher aus vernünftigen Gründen, daran nicht im mindesten zu zweifeln, seyn, vielmehr solches nach aller Wahrscheinlichkeit seine Richtigkeit haben [tt]).

rr) Die angezogenen Grundsätze des peinlichen Rechts §. 616. und 682.

ss) *L. 6. de accusat. arg. L. 22. C. ad SCtum Vellcian.* LEYSER *Spec. 635. n. 10.* KOCH *c. l. §. 817.*

tt) Mein Erachten, wie in Ermangelung eines vollständigen Beweises wider einen Angeschuldigten, zumahl an den Oertern, wo die Tortur abgeschaft worden, zu verfahren sey. Rost. 1774.

VIII.

Von der Landesherrlichen Bestättigung in peinlichen und Strafsachen.

In verschiedenen Ländern a) ist es ein auf besondern Landesgesetzen beruhender Gerichtsbrauch, daß sowohl höhere, als niedere Gerichte wegen solcher Erkenntnisse, die sich entweder auf die Vollziehung einer Leibes- oder Lebensstrafe, oder auf den Gebrauch der Marter beziehen, zuvor die Landesherrliche Bestättigung gebührend nachsuchen müssen b).

Dieß wollen einige Rechtslehrer vom Ansehen auch an den Orten, wo es an Landesgesetzen deshalb ermangelt, und bey allen und jeden Gerichten

a) Die Churbrandenburgische Criminal-Ordnung c. 10. §. 9. und die Hannöversche Landes-Constitution vom 29. Julii 1734. In letzterer heißt es unter andern: "Hingegen aber in wichti-"gen Fällen, so oft es auf eine Tortur, Relegation, "oder Leib- und Lebensstrafe ankommt, die Acta "von einem Re- und Correferenten alles Fleisses "gelesen und nach erstatteter Relation und gemach-"ten Collegial-Schluß eine bisher gewöhnliche Spe-"cies facti, worin alle relevante Umstände und in-"sonderheit die zur Sache dienende Aussagen der "Inquisiten und abgehöhrten Zeugen mit ihren ei-"genen Worten nebst Allegirung der Acten anzufüh-"ren, an Uns eingeschickt werden sollen."

b) Struben in dem 4ten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 78. PUFENDORF *in Process. crimin. c. 21. §. 3.*

richten in Anwendung gebracht wissen, wenn auf eine Todesstrafe erkannt wird c). Ob nun zwar dieser Satz sich im Allgemeinen füglich nicht vertheidigen läßt, so hat es doch im Gegentheil ebenfals seine Richtigkeit, daß ein Landesherr, der gewisse Criminal-Acten mit dem darin abgefaßten Erkenntnisse abfodert, um, bewandten Umständen nach, sich entweder seines Begnadigungsrechts bedienen, oder das Erkenntniß allenfals bestättigen zu können, dazu ohne Unterschied der peinlichen Gerichte und der begangenen Verbrechen, in alle Wege befugt sey. Dieser Satz ist um so weniger erheblichen Zweifeln unterworfen, als die Befugniß, bekannte, oder überwiesene Verbrecher begnadigen, und ihnen die nach den Gesetzen verwirkte Strafe erlassen, oder die letztere wenigstens mildern zu können, zu den unveräusserbaren Hoheitsrechten der Landesherren gehöret, die sich daher bey einer jeden, auch unbestimmt geschehenen, Verleihung der peinlichen Gerichtsbarkeit, ohne die Grösse des begangenen Verbrechens und dessen Strafe in Betracht zu ziehen, allemal von selbst verstehet und als stillschweigend vorbehalten, billig anzusehen ist d). Da

 auch

c) *de* BOEHMER *ad art.* 94. *CC.* §. 1. v. diuersa est ratio confirmationis ante publicationem a principe petendae, *quae in capitalibus vbique desideratur*, in non capitalibus, vel, si tortura dictata, a mera consuetudine, vel lege prouinciali dependet. Brunnemann in der Anweisung zum Inquisitions-Proceß Cap. 11. §. 2.

d) Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n.* 48.

auch ein Landesherr sowohl vor, als nach geendigter Untersuchung, einen Verbrecher begnadigen kann, so folget von selbst, daß es von des Landesherrn eigenen Gutbefinden abhänge, wenn er etwa auch während der Untersuchung die Acten abzufodern nöthig finden sollte, um demnächst dem Verbrecher, entweder die nachgesuchte Vertilgung des Andenkens der Sache, oder wenigstens die Aufhebung der bisher vorgewesenen Untersuchung, angedeyen zu lassen, oder ihn auch mit seiner eingewandten Bitte abzuweisen, folglich das bisherige gerichtliche Verfahren zu bestättigen [e]).

Weil auch die ohne allen Vorbehalt geschehene Verleihung der peinlichen Gerichtsbarkeit nur dergestalt zu erklären ist, daß der Landesherr in der ersten Instantz sowenig durch Concurrentz und Mitausübung, als durch Abforderung der Verbrecher und der abgehaltenen Protocolle, eine Beeinträchtigung, oder Stöhrung bey der Ausübung des peinlichen Gerichtszwanges vornehmen wolle, solche aber keineswegs die dem Landesherrn allemal stillschweigend vorbehaltene Landesherrliche Oberaufsicht ausschliesset [f]) so ergiebet sich daher von selbst, daß in dem Fall, da der Landesherr lediglich aus der Ursache die Einsendung der Acten und Protocolle begehren würde, um zu prüfen, ob

e) CRAMER *Tom. 3. Obs. 947.* und *Tom. 6. Obs. 1422.*

f) Herr Hofrath Meister in der ausführlichen Abhandlung des peinl. Processes in Teutschland, im ersten Abschnitt im eilften Hauptstück §. 27.

ob den vorhandenen Beweisen und Anzeigen gemäß wider den Angeschuldigten verfahren sey, oder nicht, solches in keine Wege für eine Art von Eingriff in verliehene Gerechtsame angesehen werde könne, vielmehr dem Landesherrn vorbehalten bleibe, nach genommener Durchsicht der Untersuchungs-Acten das etwa bereits gefällte Erkenntniß, oder das bisher beobachtete Verfahren, entweder zu bestättigen, oder eine andere Verfahrungs-Art vorzuschreiben. Da auch die Landesherrliche Oberaufsicht über verliehene Gerechtsame bey dem Mangel einer ausdrücklichen Erklärung des Gegentheils, ihrer Natur und Eigenschaft nach, sowenig wegen der besonderen Grösse des begangenen Verbrechens, als wegen des besonderen Vorzuges der Gerichte, irgend einige Einschränkung zuläßt, so erhellet auch hieraus von selbst, daß es bey der aus Landesherrlicher Macht und Gewalt geschehenen Abfoderung der Acten mit dem darin vielleicht schon abgefaßten Erkenntnisse nicht darauf ankomme, ob sich jemand über Gewalt und Unrecht beschwere, oder nicht, ob das Verbrechen von grösserer, oder minderer Beträchtlichkeit sey, ob das bisher beobachtete Verfahren an und für sich zu rechtfertigen stehe, oder nicht.

Weil auch ein jedes in peinlichen Fällen abgefaßtes und eröfnetes Erkenntniß die Gewalt des Richters bey der würklichen Vollstreckung voraussetzet, und nur in demjenigen Gericht, allwo dasselbe ausgesprochen worden, zumal, wenn von der Verurtheilung zu einer gewissen Strafe die Rede

ist [g]), eine zu Recht bestehende Verbindlichkeit nach sich ziehet, so ergiebet sich hieraus von selbst, daß, wenn in dem von einem nachgeordneten Gericht, entweder eingeholten, oder selbst gesprochenen Urtheil auf Vestungsbau- Zucht- oder Spinnhausstrafe, oder auf die Landesverweisung erkannt ist, vor Vollziehung derselben die landesherrliche Bestättigung schlechterdings, und zwar auch sodann nachgesuchet werden müsse, wenn gleich die Urthel solches nicht genau, oder ausdrücklich enthielte, oder bestimmte [h]). Aus der angeführten Ursache aber bedarf es bey einer blossen Ausweisung aus dem Gerichtsbezirk, bey dem Mangel anderer erheblichen Bedenklichkeiten, der Landesherrlichen Bestättigung nicht.

Da ferner ein jedes nachgeordnetes Gericht nur auf gewöhnliche, oder auf solche Strafen, die entweder durch Gesetze, oder wenigstens durch den Gerichtsbrauch bestättiget werden, erkennen kann, der Gebrauch ungewöhnlicher Strafen, oder eines ungewöhnlichen Verfahrens aber als eine Ausnahme von der Regel, die kein Richter auf dem Grunde der zuständigen Gerichtsbarkeit vornehmen kann, anzusehen

g) Eine Sententia absolutoria erlanget gegentheils sofort mit dem Augenblick, da sie eröfnet worden, vires rei iudicatae, und es kann darauf bey einem jeden peinlichen Gericht als auf eine exceptionem litis ingressum impedientem Bezug genommen werden. LYNCKER *Dec. 359.* STRUV. *Ex. 46. Th. 24.* WINCOP *de fauore innocent. §. 33.*

h) *L. 4. §. 10. de interdict. et relegat.* HARPRECHT *Cons. 76. n. 137.* BOEHMER *ad art. 98. CC. §. 4.*

sehen ist [i]), so ergiebet sich hieraus von selbst, daß, wenn auf eine ungewöhnliche Strafe, oder auf ein ungewöhnliches Verfahren von auswärtigen Rechtsstühlen erkannt seyn sollte, derselben würkliche Vollstreckung ohne landesherrliche Genehmigung und Bestättigung nicht geschehen könne, vielmehr damit solange, bis jene auf geschehene Nachsuchung eingegangen ist, Anstand genommen werden müsse. Es ist inzwischen hier von solchen ungewöhnlichen Strafen, oder einem solchen ungewöhnlichen Verfahren die Rede, welche füglich in Anwendung zu bringen stehen. Denn wenn das Gegentheil statt fände, und das vorgeschriebene Verfahren, oder die bestimmte Strafe schlechterdings nicht, oder wenigstens nicht ohne grosse Beschwerde, in Anwendung zu bringen stünde, pfleget gewöhnlich an dasjenige Gericht, das die Urthel, oder das Erkenntniß ausgefertiget hat, um eine andere Strafe, oder ein anderes Verfahren zu bestimmen, zurückgeschrieben zu werden.

Würde an denjenigen Oertern, allwo die Tortur noch gebräuchlich ist, wegen der besonderen Grösse der Missethat und der vorzüglichen Stärke der Anzeigen, entweder auf ungewöhnliche, oder härtere Grade der Marter, oder auch in Absicht solcher Personen, die man sonst gewöhnlichermassen nicht zu foltern pfleget [k]), jene gleichwohl erkannt

 seyn,

i) MANTZEL *in Iur. Crimin. Meckl.* §. 12. und *in Dissert. de ergast. prouincial. commode adornand.*

k) *L. 8. pr. L. 11. 12. 17. C. de Quaest. L. 10. C. de dignitat. L. 6. C. de Professor. et Med.*

seyn, so hat es, vermöge des angeführten Grundes, daß ein Unterrichter sich von den Gesetzen und den in letzteren gegründeten Strafen und Verfahren eigenmächtig keine Abweichungen erlauben darf., nach dem Gerichtsbrauch keinen Zweifel, daß in beyden angezogenen Fällen vor Anwendung der ungewöhnlichen Tortur die Landesherrliche Bestättigung nachgesuchet werden müsse [l]).

Im Fall auch die Landesgesetze, oder die gemeinen Rechte, die Strafe dieses, oder jenen Verbrechens zwar deutlich bestimmen, es auch an gesetzlichen Milderungs-Gründen ermangelte, inzwischen gleichwohl erhebliche Bedenklichkeiten vorhanden wären, um im gegenwärtigen Fall das Gesetz nach dem Buchstaben in Anwendung zu bringen, so darf gleichwohl der Grundgerichts-Herr, oder ein anderer nachgeordneter Richter bey dem abzufassenden Erkenntniß nicht eigenmächtig von dem Gesetz abgehen, vielmehr ist dessen Pflicht, darüber zuförderst die Landesherrliche Bestättigung gehörig nachzusuchen [m]). Eben dasselbe

l) KRESS *ad art. 58. CC.* SCHORCH *Sent. 59.* und *179.* Meine Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts in der neuesten Auflage §. 725. 728. 735.

m) PUFENDORF *Tom. 1. Obs. 236.*, welcher merklich schreibet; Iudex pro re nata poenam lege definitam, si legis ratio admittat, mitigare potest, ceterum si nihil occurrat, quod arbitrium iudicis recipiat, poenam corporalem a lege propositam, praesertim inconsulto principe in pecuniariam poenam conuertere nequit. Quis enim non intelligit, substituta poena pecuniaria mitiorem subrogari?

dasselbe gilt auch besonders von dem Fall, da ein Landesgesetz, wonach entweder die Strafe dieses, oder jenes Verbrechens, oder das zu beobachtende Verfahren zu bestimmen, dunkel und zweifelhaft seyn, mithin eine Erläuterung nothwendig machen sollte [n]). Denn, unter solchen Umständen ist es die Pflicht des Richters, entweder vor dem abzufassenden Erkenntniß die Landesherrliche Erklärung gebührend nachzusuchen, oder doch zum wenigsten seine vermeyntlich mit dem Gesetz übereinstimmende Entscheidung vor ihrer würklichen Vollziehung Landesherrlich bestättigen zu lassen. Dasjenige, was überhaupt von ungewöhnlichen Strafen und einer dazu erfoderlichen Landesherrlichen Bestättigung gilt, ist auch besonders von dem Fall zu sagen, wenn ein Gerichtsherr etwa ein besonders Zucht- Spinn- oder anderes Werkhaus auf seinem Gute, oder doch zum wenigsten in seinem Gerichtssprengel anlegen, oder sonst eine bisher nicht üblich gewesene Leibesstrafe einführen wollte [o]). Inzwischen ist es einem Gerichtsherrn gewöhnlich wohl erlaubt, wegen geringer Verbre-

rogari? Lege autem mitior Iudex, minister legis esse non potest. Idem in substituta alia poena mitiori dicendum est. Es sind inzwischen andere, welche diese Grundsätze in Absicht der Grundgerichtsherrn einzuschränken suchen, s. WERNHER *Diss. de iure poenas in mulctam conuertendi nobilibus dominisque iurisdictionalibus competente.*

n) Meister a. O. *n.* 2.

o) REINHARTH *de ergastulis eorumque iure. Erford.* 1734. §. 5.

chen den Thätern, an statt der Gefängnißstrafe, eine Handarbeit von einigen Tagen als eine besondere Strafe aufzulegen p), da, nach dem Zeugniß der Rechtslehrer, der Gerichtsbrauch dem Richter eine solche Umänderung gestattet. Eben sowenig hat es Zweifel, daß ein Grundgerichts-Herr die etwa zerfallenen Gerichtsplätze in ihrem vorigen Zustand ohne Anfrage wieder herstellen könne; wo nicht ein sträflicher Misbrauch ihren Verfall verursachet hätte.

Da ferner ein Richter die von einheimischen, oder auswärtigen Rechtsgelehrten eingeholte Urthel pünktlich vollziehen muß, und solche eigenmächtig sowenig umändern, als mildern darf, so würde derselbe sich eines strafbaren Vergehens, oder des Criminis Syndicatus schuldig machen, wenn er ohne Vergünstigung und Erlaubniß seines Oberherrn, oder des von letzteren angewiesenen Obergerichts, bey diesem, oder jenem Verbrechen von der ihm vorgeschriebenen Strenge abweichen q), oder auch nach geschehener Vollziehung der Strafe den Verurtheilten von den mit der Strafe ihrer Natur, oder den Gesetzen nach verbundenen Folgen befreyen, oder ihm die Wiedereinsetzung im vorigen

p) LEYSER *Spec. 536. 540. 553. 591. 602.* HOMMEL *Obs. 119.* MANTZEL *in Iur. Crimin. Meckl. §. 12.* und *in Dissert. de ergast. prouincial. commode adornand.*

q) THOMASIVS *Diss. de Iudice sentent. ab actis remouente.*

vorigen Stand angedeyen lassen wollte [r]), indem es dem Rechte und der Urthel nach bey der Strafe und den damit verbundenen Folgen das Bewenden behalten muß [s]). Würde inzwischen ein Verwiesener aus dringenden und erheblichen Ursachen um einen Auffenthalt von wenigen Tagen ansuchen, so kann bey dem Mangel gegründeter Bedenklichkeiten, ein jeder Richter dergleichen kurze Frist, oder Auffenthalt wohl gestatten [t]).

Wenn gleich, nach dem Zeugniß verschiedener Rechtslehrer, einer nachgeordneten Obrigkeit freystehet, diejenige Art der Infamie, die lediglich in besonderen Statuten einer gewissen Stadt, oder Zunft ihren Grund hat, wieder aufzuheben [u]), oder einem Verbrecher seine Ehre in dem Erkenntniß besonders vorzubehalten, wenn er sie gleich in Betracht der Missethat, die er begangen, verwirket

r) *L. 4. D. de poen. L. vlt. C. de sentent. pass.* BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 15. Th. 17.* GRIBNER *Diss. de Iur. Princip. restituend. fam. Viteb. 1720.*

s) In dem entgegen gesetzten Fall aber, und wenn sich nach vollzogener Strafe die Unschuld eines Verurtheilten offenbaren sollte, hat es keinen Zweifel, daß ein jeder Richter diejenigen Folgen, welche die solchergestalt unrechtmäßige Strafe nach sich gezogen, in soferne sie noch zu ändern stehen, wieder aufheben könne. *L. vlt. §. fin. C. de sentent. pass.* MANTZEL *Diss. de honorific. dimiss. innocent. Rost. 1731. Sect. 3.*

t) MEV. *P. 8. Dec. 172.*

u) LYNCK *de iur. restituend. fam. Th. 8.* MOLLENBEC. *de aggratiat. Iud. iure aggratiand. destitut. c. 2. §. 1.*

ket hatte [x]), oder, an statt dieser, oder jener Strafe, womit der Verlust der Ehre, der Regel nach, verbunden ist, auf eine andere zu erkennen [y]), so sind gleichwohl diese Grundsätze sodann schlechterdings nicht in Anwendung zu bringen, wenn die Landesgesetze die Recht- oder Ehrlosigkeit [z]) ausdrücklich auf ein Verbrechen setzen, oder jene bereits durch eine förmliche Urthel, welche auch bereits die Rechtskraft erlanget hätte [aa]), erkannt seyn sollte. Denn, in diesen beyden Fällen ist die Landesherrliche Erlaubniß, oder Bestättigung allemahl nothwendig, und es kann die den Gesetzen, oder der Urthel nach verwürkte Recht- oder Ehrlosigkeit sowenig von einem nachgeordneten Richter nachgelassen, als wieder aufgehoben werden [bb]).

Würde

x) MEV. *P. 3. Dec. 32.* CARPZOV. *q. 94. n. 78.* GAIL *Lib. 1. Obs. 65. n. 6.* HARPRECHT *de reseruat. honor. in sentent. Iudic. §. 11. 31.*

y) *Arg. L. 13. de his qui not. infam.* COTHMANN *Resp. 50. n. 23.* Struben im 3ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 23.

z) Den Unterschied unter Ehrlose und Rechtlose, Anrüchtige und Verfestete, verzöllete Männer bestimmet mit vieler Gründlichkeit der berühmte Herr Professor WOLTAER in den im vorigen Jahr herausgekommenen gelehrten *Obseruationibus, quae ad Ius Ciuile et Brandenburgicum pertinent. Fascic 1. Obs. XXII. p. 122* und *123.*

aa) Daß es bey einer jeden Art der eigentlichen Infamie vorzüglich auf Condemnationem Iudicis, die zugleich vires rei iudicatae erlanget hat, ankomme, zeiget gleichfals Herr Prof. WOLTAER *c. l. p. 129.*

bb) Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts §. 100.

Würde, Inhalts des erfolgten Erkenntnisses, ein Verbrecher mit dem Verlust des Dienstes, und wohl gar überdieß noch mit der Dienst-Unfähigkeit zu bestrafen seyn, der Dienst aber von dem Landesherrn vergeben werden, so darf ein Unterrichter ohne Landesherrliche Bestättigung das Erkenntniß nicht einmahl dem Angeschuldigten eröfnen, noch weniger zur Vollziehung bringen, wenn jener gleich seinem Gerichtszwange unwidersprechlich unterworfen wäre.

Obgleich angesehene Rechtslehrer [cc]) bey solchen Urtheilen, welche die Landesherrlichen Obergerichte entweder selbst abfassen, oder auswärts einholen, die Bestättigung, besonders aus dem Grunde überhaupt erfodern [dd]), damit der Landesherr solchergestalt Gelegenheit habe, jene Urtheile vorkommenden Umständen nach zu schärfen, oder zu mildern [ee]), so scheinet gleichwohl diese Meynung bey dem Mangel besonderer Landesgesetze keinen Beyfall zu verdienen, zumahl das Römische

cc) Herr Hofrath Claproth in der Einleitung in sämtliche summarische Processe, im peinlichen Proceß S. 133.

dd) *Arg. L. 2. §. 2. de poen.* v. Eum accipiemus damnatum, qui non prouocabit ceterum, si prouocet, nondum damnatus videtur. Sed etsi ab eo qui ius damnandi non habuit, rei capitalis quis damnatus sit, eadem causa erit. Damnatus enim ille est, vbi damnatio tenuit.

ee) *Arg. L. 16. §. 10. de poen.* v. non nunquam euenit, vt aliquorum maleficiorum supplicia exacerbentur, quotiens nimirum multis personis grassantibus exemplo opus sit.

mische Recht bey der Bestimmung der Hoheitsrechte deutscher Landesherren theils keine Anwendung findet, theils die angeführte Stelle nur von einem besonderen Fall redet. Ich gebe inzwischen gerne zu, daß wenn ein Angeschuldigter, entweder wegen der ihm zuerkannten Strafe, oder wegen der wider ihn beobachteten Verfahrungsart sich auf die landesherrliche Gnade, oder Gerechtigkeit berufen sollte, ein anderes statt finde [ff]). Denn, da einem Angeschuldigten unter allen Umständen die Vertheidigung und die Wahl der Mittel, wie er dieselbe führen wolle, billig frey bleiben muß [gg]), so handelt auch der Richter, bey dem Mangel näherer Vorschriften, am vorsichtigsten, wenn er unter solchen Umständen, ehe die Urthel vollzogen oder sonst weiter verfahren wird, die landesherrliche Bestättigung gebührend nachsuchet.

Wäre auch an solchen Oertern, allwo die öffentliche Kirchenbusse [hh]) annoch im Gebrauch ist, auf

ff) In einigen Ländern ist anstatt der Appellation, den Verurtheilten unter gewissen Einschränkungen vermöge besonderer Gesetze erlaubt, den Recurs an die Landesherrschaft zu nehmen, s. *Constitutio Criminalis Thereſiana*, oder der Römisch. Kaiserl. zu Hungarn und Böheim ꝛc. ꝛc. Königl. Apostol. Majestät Marien Theresien peinliche Gerichts-Ordnung, im zwey und vierzigsten Artikel.

gg) *L. 21. C. de probat. L. 6. de appellat. L. 33. de procurat.* Art. 88. P. G. O. WINCOP *de fauor. innocent.* §. 26.

hh) In hiesigen Landen ist zur Verhütung der Kindermorde,

auf solche, wegen eines etwa gegebenen grossen Aergernisses erkannt worden, so pfleget gleichwohl, bey dem Mangel einer anderweitigen allgemeinen, oder besonderen Erlaubniß, in protestantischen Ländern solche ohne Vorwissen und Genehmigung des Landesherrn, als des höchsten Bischofs, nicht leicht zur würklichen Vollziehung gebracht zu werden.

Mir genüget, hier der merkwürdigsten Fälle, in welchen die landesherrliche Bestättigung in peinlichen und Strafsachen entweder nothwendig ist, oder wenigstens durch eine vernünftige Vorsicht angerathen wird, gedacht zu haben. Ich schliesse daher die ähnlichen Vorfälle nicht aus, und habe die angeführten nur gleichsam als Beyspiele, wonach man sich unter gleichen Umständen zu verhalten habe, anzeigen wollen. In denjenigen Ländern, wo die Criminal-Sachen an ein gewisses Ober- oder Criminal-Gericht besonders gewiesen sind, pflegen auch die Untergerichte von jenen die Bestättigung ihrer Erkenntnisse, oder ihres Verfahrens nachzusuchen, in soferne hierunter in den Landesgesetzen nicht etwas näheres bestimmet seyn sollte.

dermorde, wegen gepflogener Unzucht vermöge der Landesverordnung vom 27sten April 1753. die Kirchenbusse völlig aufgehoben worden.

IX. Von

IX.

Von dem Unterschiede unter auszahlen und bezahlen bey genehmigten Geld-Anweisungen.

Zu einem Rechtsstreit, der nachhin durch verschiedene Instanzen geführet worden, gab folgender Fall eine Veranlassung. Ein gewisser Schuldner wieß in einem an seinen Gläubiger abgelassenen Briefe denselben wegen seiner Befriedigung an einen nahmentlich genannten Sachwald an. Als dem letzteren ersagter Brief von dem Gläubiger vorgezeiget wurde, genehmigte solcher sofort unter demselben die geschehene Anweisung in folgenden Ausdrücken: Da es mir gleich viel ist, ob ich die Gelder an *A.*, oder an *B.* auszahle, so hat es keinen Zweifel, daß ich dieser Aßignation gelebe und die Gelder an *B.* auszahle. Nun zahlte zwar der Beklagte den größesten Theil der angewiesenen Gelder seinem Versprechen gemäß an den B. würklich, mit der Auskehrung des Restes aber zögerte er aus dem Grunde, weil die für den A. zu erhebenden Gelder sämtlich noch nicht eingegangen wären. Da nun des Restes wegen zur Klage geschritten wurde, so begehrte zwar der Beklagte seine zum Grunde der Klage gesetzte Handschrift nicht abzuläugnen, setzte aber dem Kläger zuförderst exceptionem deficientis causae debendi,

bendi, entgegen. Hienächst behauptete er, daß er sich nicht sowohl in eigener Person verbindlich gemacht, als vielmehr bey der acceptirten Anweisung lediglich auf diejenigen Gelder, die er Nahmens des A. von einem gewissen Juden zu erheben gehabt, gesehen habe; daß aber solche Gelder nur so weit, als er die Bezahlung würklich geleistet habe, eingegangen wären. Er glaubte um so mehr von aller ferneren Ansprache wegen der von ihm acceptirten Anweisung befreyet werden zu müssen, als er bey Genehmigung der Anweisung sich nicht des Ausdrucks: bezahlen, sondern: auszahlen, bedienet hätte; der letzte Ausdruck aber nach seiner bekannten gewöhnlichen Bedeutung sich nicht sowohl auf eine eigene Schuld, als lediglich auf die Auskehrung fremder Gelder, bezöge. Ueberdieß finde die wider ihn angestellte actio ex delegatione hier um so weniger statt, als die Natur derselben allemahl voraussetzte, daß der debitor delegatus zugleich ein würklicher Schuldner des delegantis gewesen sey, und bey der von ihm geschehenen Genehmigung der Anweisung die Absicht gehabt habe, sich in eigenem Nahmen, oder als Selbstschuldner zu verbinden. So lange also von dem Kläger das letztere noch nicht bewiesen sey, sey die Klage unstatthaft, und Beklagter von derselben, nach geschehener Ersetzung der Kosten, zu entbinden.

Es schien nun zwar, ausser dem Mangel der causae debendi, in dem zum Grunde der Klage

gesetzten Instrument [a]), dem Beklagten besonders zu statten zu kommen, daß der Kläger die Einrede, daß jener sich nur bedingt, nicht aber in eigenem Namen, verbindlich gemacht, noch weniger die Anweisung als Selbstschuldner angenommen habe, nicht ablehnen, oder das Gegentheil davon beweisen könnte. Der Einwand des Beklagten, daß er statt: bezahlen, geflissentlich den Ausdruck: auszahlen, gebrauchet habe, um dadurch zu erkennen geben zu wollen, daß er sich nicht sowohl in eigenem, als vielmehr in fremdem Namen verbindlich machen wolle, war um so mehr scheinbar, als nicht allein das Wort: auszahlen, gewöhnlich von fremden Geldern verstanden zu werden pfleget, sondern auch aus dem zum Grunde der Klage gesetzten Instrument allem Ansehen nach keine Anerkennung einer Selbstschuld, oder eine sogenannte expromissio bewiesen werden konnte. Weil auch überdieß die Gesetze in zweifelhaften Fällen den Beklagten für dem Kläger begünstiget wissen wolle [b]), so schiene auch um deswillen das Verlangen des Beklagten ein vieles vor sich zu haben, daß der Kläger vor allen Dingen zu beweisen habe, wie er ein würklicher Schuldner von dem A. gewesen, und seine Absicht daher bey der acceptirten Anweisung dahin gegangen sey, sich in eigenem Namen zu verbinden, oder, wie er wenigstens für Rechnung

a) *L. 49. §. 2. de pecul. L. 25. §. 4. de probat. c. 14. X. de fid. instrument.*

b) *L. 125. de Reg. Iur. L. 4. et vlt. C. de edend. L. 17. C. de probat. c. 5. X. de except.*

nung des A. so viele Gelder, als zur Befriedigung des Klägers erfodert würden, würklich empfangen habe.

Allein, diesem allen ungeachtet konnte der Beklagte nicht verlangen, daß seinen Anträgen gemäß erkannt würde. Denn, eines theils hatte er die Anweisung schlechterdings und ohne allen Zusatz, oder Bedingung genehmiget, welches zur Begründung der angestellten Klage ex delegatione, deren sich der Kläger bedienet hatte, genügte [c]; andern theils fallen bekanntlich nach erfolgter Delegation diejenigen Einwendungen, die etwa dem Deleganten rechtlich gemacht werden konnten, von selbst weg. Denn, es ist in den Gesetzen deutlich gegründet, daß nach geschehener Delegation der debitor delegatus diejenigen Exceptiones, die er sonst dem Deleganten hätte machen können, verliehre, und sie dem neuen Gläubiger um so weniger machen könne [d]), als der debitor delegatus wegen der acceptirten Delegation gleichsam ex

 quasi

c) *L. 6. C. de Nouat.* MEV. *P. 6. Dec. 12.*

d) *L. 19. D. de Nouat. et delegat.* v. Doli exceptio, quae poterat deleganti opponi, cessat in persona creditoris cui quis delegatus est. Idemque est in caeteris similibus exceptionibus : imo et in ea, quae ex senatus consulto filio familias datur. Nam aduersus creditorem, cui delegatus est ab eo, qui mutuam pecuniam contra senatus consultum dederat, non vtetur exceptione, quia nihil in ea promissione contra senatus consultum fit: tanto magis, quod hic nec solutum repetere potest. add. *L. 2. §. 20. de doli mali et met. except.*

quasi donatione gehalten wird e), auch die Delegation, ihrer besondern Natur nach, keine weiteren Ausreden wider den neuen Gläubiger zuläßt f). Denn eben darin bestehet der Hauptunterschied unter einer Cession und Delegation, daß bey jener der Cessionarius alle diejenigen Ausreden, die er wider den Cedenten hatte, auch wider seinen jetzigen Gläubiger in Anrege bringen kann, bey dieser aber der delegatus debitor diejenigen Rechtsbehelfe, die er wider den Deleganten hatte, verliehret g), so bald er sich die Delegation gefallen lassen und darin ausdrücklich eingewilliget hat h). Weil die Gesetze bey einer ohne alle Bedingung und Einschränkung genehmigten Delegation die wider den Deleganten zustehende Rechtsbehelfe nicht ferner für statthaft erkennen, so wäre es

e) *L. 12. de nouat. et delegat.* v. si quis delegauerit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei, qui donat: quoniam remittere exceptionem videtur.

f) *cit. L. 19. de nouat. et delegat.* v. ideo autem denegantur exceptiones aduersus secundum creditorem, quia in priuatis contractibus et pactionibus non facile scire petitor potest, quid inter eum qui delegatus est, et debitorem actum est: aut etiam si sciat, dissimulare debet, ne curiosus videatur, et ideo merito deneganda est aduersus eum exceptio ex persona debitoris.

g) PVFENDORF *Tom. 1. Obs. 174. §. 3.*

h) *L. 1. C. de nouat. et delegat.* v. delegatio debiti, nisi consentiente et stipulante promittente debitore iure perfici non potest. Nominis autem venditio et ignorante vel inuito eo, aduersus quem actiones mandantur, contrahi solet.

es auch in dem gegenwärtigen Fall um so mehr eine Schuldigkeit des Beklagten gewesen, wenn er sich nur bedingungsweise hätte verbindlich machen wollen, sich dieserhalb bey der Genehmigung der Anweisung sofort näher und deutlicher zu erklären, auch sich seine nachhin gebrauchten Ausreden ausdrücklich vorzubehalten. Nun aber konnte demselben die Schutzwehr, die er in dem angenommenen Unterschiede unter: auszahlen und: bezahlen zu finden meynte, um so weniger zu statten kommen, als in zweifelhaften Fällen allemal die dem Geschäft, wovon die Rede ist, am angemessenste Auslegung anzunehmen ist [i]). Da auch überdieß die Worte, durch welche der Beklagte die auf ihn geschehene Geldanweisung genehmiget hatte, völlig bestimmt und deutlich waren, so konnte es auch um so weniger auf seine etwa dabey gehabten Gedanken ankommen, als, bekannten Rechten nach, wenn die Bewegungs-Gründe, oder Bedingungen desjenigen, der ein Versprechen gethan hat, zur Zeit der Ertheilung des letzteren unbekannt, oder wenigstens nicht ausdrücklich hinzugefüget worden sind, es bey dem gewöhnlichen Sinn der Worte, wenn solche anders einen bestimmten Verstand und Bedeutung haben, lediglich das Bewenden behalten muß [k]). Der Einwand,

i) *L. 67. de Reg. Iur.* v. Quotiens idem sermo duas sententias exprimit : ea potissimum excipiatur, quae rei gerendae aptior est.

k) *de* CRAMER *Tom. 3. Obs. 810.* und *Tom. 4. Obs. 1129.* v. Ex quibus sequitur, quod si de motiuo pacifcen-

wand, daß in der genehmigten Anweisung die causa debendi fehle, konnte dem Beklagten um so weniger behülflich seyn, als es eines theils nicht unumgänglich erfoderlich ist, daß die causa debendi ausdrücklich, oder namentlich dem Instrument hinzugefüget worden sey, vielmehr es völlig genüget, wenn solche in der Verschreibung nur tacite, oder implicite vorhanden ist [l]), andern theils aber, nach bewährter Rechtslehrer Zeugniß, ein sonst gültiges Instrument, oder eine sonst verbindliche Verschreibung, aus dem Grunde, weil darin die causa debendi fehlet, nicht angefochten werden kann [m]).

Vermöge der bisher angeführten Gründe wurde daher in der ersten Instanz erkannt: daß, weil Beklagter das Original der copeylich producirten Versicherung ausgestellet und geschrieben zu haben nicht abgeleugnet, dessen Einwendungen aber für erheblich nicht zu achten, so sey derselbe schuldig, dem Kläger den eingeklagten Rest nebst Verzugszinsen binnen vierzehn Tagen zu entrichten und die Kosten zu erstatten. Obwohl der Beklagte hiewider ein Rechtsmittel einlegte, auch auf sein Verlangen die Acten versandt wurden, so erfolgte gleichwohl eine Bestättigung des vorigen Urtheils,

paciscentium expresse non constat, non aliud locum habeat de intentione ipsorum iudicium, quam id, quod ipsa verba important, inprimis, si haec clara sunt, ac determinato sensu gaudent.

l) WERNHER *Tom. 1. P. 4. Obs. 185.*

m) WERNHER *Tom. 3. P. 1. Obs. 39.*

Urtheils, und der Beklagte wurde überdieß in die Kosten der neuen Instanz verurtheilet. Weil bey diesem Erkenntniß keine Zweifels- und Entscheidungs-Gründe befindlich waren, und nach des Beklagten Vorgeben auf seine vermeyntlich erheblichen Einwendungen kein Betracht genommen worden: so ergrif er dawider das Remedium Restitutionis in integrum ordinarium, und verband damit sogar, unbehutsam, und wider den Landesgebrauch, die Querelam nullitatis *n*). Weil aber

 der

n) Derjenige, welcher sich des Remedii Restitutionis bedienet, setzet dabey allemahl stillschweigend voraus, daß das Erkenntniß an und für sich recht und gültig sey, und verlanget nur aus gewissen Gründen der Billigkeit dawider in vorigem Stand gesetzet zu werden, oder er bringet auch neue und bisher unbekannte Gründe vor, die eine Umänderung der vorigen Urthel bewürken können. Derjenige aber, der da will, daß eine Urthel nichtig sey, behauptet, daß entweder den Gesetzen, oder den verhandelten Acten und Beweisen zuwider gesprochen sey, und es folglich keiner neuen Gründe zur Umänderung der Urthel bedürfe. An und für sich betrachtet ist es daher widersprechend, wenn man wider ein Erkenntniß das Remedium Restitutionis und die Querelam nullitatis, entweder zugleich, oder, nachdem jenes verworfen worden, ergreifet, s. PUFENDORF *Tom. 4. Obs. 225.* In Mecklenburg ist inzwischen nach den Landesgesetzen die Verbindung des beneficii restitutionis und nullitatis erlaubt, jedoch dabey eine Einschränkung gemacht, s. die Hof- und Landgerichts-Ordnung Th. 2. Tit. 36. §. 4. "und stehet einem jeden frey, beneficium restitutionis et nullitatis zu cumuliren; aber "wenn er sich des einen allein, oder auch beyder zugleich unternommen, soll ihm zu dem andern her-"nach

der Beklagte nur seine vorigen, angezogenermassen ungegründeten Argumente, mehrentheils wiederholte, der Mangel der Rationum bey einem gefällten Erkenntnisse aber an sich keine eigentliche Nichtigkeit der gesprochenen Urthel nach dem Gerichtsgebrauch bewirket [o]), so wurden die vorigen Erkenntnisse bey einer aufs neue geschehenen Versendung der Acten an die hiesige Facultät um so mehr schlechterdings bestättiget, als es an eigentchen nouis ermangelte [p]). Der Beklagte wurde überdieß in die Kosten der jetzigen Instanz verurtheilet [q]).

"nach zu schreiten, oder sich auch, in solchen Fällen, "der Appellation zu gebrauchen, verboten und be"nommen seyn."

o) Seyfart im deutschen Reichsproceß Cap. 23. §. 12.

p) Struben in dem vierten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 201. PVFENDORF *Tom. 1. Obs.* 156.

q) In den Hannöverschen Landen ist in dem Justitz-Reglement von 1718. §. 19. besonders vorgeschrieben, daß, wenn die letzte Urthel ohne die mindeste Abänderung bestätiget wird, der Gebrauch der Rechtsmittel mit der Ersetzung der Kosten in der neuen Instanz bestrafet werden solle.

X. Ei-

X.

Einige Zusätze zu der Lehre von der Verbindlichkeit der Erben, die von ihrem Erblasser verwirkten Geldbussen zu bezahlen.

Zu den ausgemachten Rechtswahrheiten kann man billig rechnen, daß die Strafen der Verbrechen nur die eigentlichen Urheber und Theilnehmer treffen [a]), auf die Erben und Anverwandten aber, der Regel nach, keine Beziehung haben können [b]), woferne nur von Leib- und Lebens-, oder eigentlichen peinlichen Strafen die Rede ist [c]). Eine ganz andere Beschaffenheit hat es bekanntlich mit den Geldbussen, oder solchen Strafen, die lediglich auf das Vermögen des Verbrechers eine Beziehung haben. Diese sind auch von den Erben sodann auszukehren, wenn sie sich entweder in ausdrücklichen Gesetzen gründen [d]), und daher

a) *§. 2. Inst. de obl. ex delict. L. 22. C. de poen. L. 2. §. 7. de decur. L. 9. de senat. Tit. C. ne uxor pro marito* CRAMER *Tom. 2. Obs. 558.* DAUNIS *ad L. 22. C. de poen. Vltraj. 1728.*

b) *L. 38. 44. 111. de Reg. Iur. L. 16. 20. de poen. L. 6. de publ. Iudic. L. 10. ad SCtum Turpillian. L. 22. de nou. op. nunc.* KEESSEL *de act. ex delict. in hered. non dand. Lugdun. 1776.*

c) BOEHMER *ad* CARPZOV. *P. 3. q. 131. Obs. 1.*

d) *L. 1. §. 4. ad SCtum Turpillian.* v. Nam (vt Papinianus

her ipso iure statt finden, oder wenn der Verbrecher nach geschehener Verurtheilung allererst verstorben wäre [e]). Andere Rechtslehrer wollen zwar, in anscheinender Beystimmung verschiedener Gesetze [f]), daß die Erben schon sofort nach geschehener Kriegsbefestigung gehalten seyn, und daher die nach dem Tode ihres Erblassers erkannte Geldbusse bezahlen müssen, wenn nur derselbe litem contestiret habe [g]). Allein, der angezogene *L. 20. D. de accusat.*, der nach den gegründeten Bemerkungen berühmter Rechtslehrer [h]) nicht sowohl auf eine eigentliche Einziehung des Vermögens einzuschränken, als vielmehr auch auf Geldbussen auszudehnen ist, ist dieser Behauptung gerade entgegen, und der Gerichtsbrauch stimmet eben-

pinianus respondit) facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis: poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur, sed legis auctoritati reseruatur. *L. 8. C. ad L. Iul. Maiest.* PEREZ *ad Cod. Lib. 9. Tit. 6. n. 5.*

e) *L. 20. D. de accusat.* v. ex iudiciorum publicorum admissis non alias transeunt aduersus heredes poenae bonorum ademptionis, *quam si lis contestata et condemnatio fuerit secuta. L. 22. D. ad SCtum Silan. L. 14. §. 2. C. de SS. eccles. L. 6. C. si reus vel accus.*

f) *L. 26. 33.* und *58. de O. et A. L. un. C. ex delict. defunct. L. 1. C. si reus vel accus.*

g) LYNCKER *Resp. 63. n. 9.* FABER *Lib. 9. Tit. 2. Def. 5. n. 3.* und *Tit. 20. Def. 2. n. 4.* CARPZOV. *P. 4. Const. 42. Def. 12.* RINCK *de poen. sine culp.*

h) BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.*

ebenfalls damit überein [i]). Wenn ferner andere Rechtslehrer die Erben zur Bezahlung einer solchen Geldbusse, darauf allererst nach dem Tode des Verbrechers erkannt worden, gehalten wissen wollen, wenn letzterer bey seinem Leben, entweder der That überwiesen gewesen, oder auch solche unumwunden eingestanden hätte [k]), so ist doch diese Meynung eigentlich nur sodann mit Grunde zu vertheidigen, wenn der Verbrecher, entweder durch einen Selbstmord, oder sonst auf eine freventliche Weise, das gegen ihn auszusprechende Erkenntniß unwirksam zu machen gesuchet hätte [l]). Ob zwar die Erben zur Bezahlung der Geldbusse gehalten sind, wenn solche entweder sich auf ausdrückliche gesetzliche Vorschriften gründet, oder auch der Erblasser bey seinem Leben dazu bereits verurtheilet gewesen ist, so kann gleichwohl eine bereits erkannte Strafe nach dem Tode des Verbrechers sowenig in eine Geldbusse verwandelt und die Bezahlung derselben den Erben angemuthet werden [m]), als wenig letztere bey dem Mangel des

i) WERNH. P. 7. *Obs.* 15. HARPRECHT *Cons.* 48. *n.* 65. BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.* KOCH *Inst. Iur. Crimin.* §. 80.

k) BRVNNEM. *ad L.* 1. *C. si reus vel accus.*

l) L. 3. §. 3. *C. de bon. eor. qui ante sentent. vel mort. sibi consciu.* v. ergo ita demum dicendum est, bona eius, qui manus sibi intulit, fisco vindicari, si eo crimine nexus fuit, vt si conuinceretur, bonis careat. Art. 135. P. G. O.

m) *L. 33. de Obl. et Act.* LVD. MENCKEN *de reo eiusq. hered. ex delict. poen. corp. afflict. merente haud obligato.*

des Vermögens anderweit zu bestrafen sind [n]). Im Gegentheil scheinet die Meynung richtig, daß die Erben die Geldbusse sodann abführen müssen, wenn darauf bey dem Mangel der von dem Angeschuldigten zu leistenden endlichen Reinigung bereits vorläufig erkannt worden, leztere aber bey Lebzeiten des Angeschuldigten nicht würklich geleistet worden [o]). Unter allen Umständen sezet inzwischen die von den Erben ihrer Erblasser wegen zu bezahlende Geldbusse ein von jenen würklich erhaltenes Vermögen voraus. Denn, die Erben sind zur Abführung der Geldbusse, Inhalts der Rechte, nur in soweit gehalten, als es die Verlassenschaft des Verurtheilten zulässet, niemals aber dazu aus eigenen Mitteln verbunden [p]). Man muß inzwischen hiebey allemal voraussetzen, daß die Erben den Stand der Verlassenschaft gehörig zu beweisen vermögend seyn. Denn, in Ermangelung dessen hat, der Aenlichkeit des Rechts gemäß, die Verbindlichkeit zur Abführung der Geldbusse keinen Zweifel.

Mehreren Zweifeln sind die Fragen unterworfen: ob die Erben auch sodann zur Bezahlung der Geld-

n) *L. 6. D. de publ. Iudic.* v. defuncto eo, qui reus fuit criminis, et poena exstincta, in quacunque causa criminis exstincti debet cognoscere, cuius de pecuniaria re cognitio est. *L. 21. D. de poen. L. 2. C. si reus vel accus.* MENCKEN *de tergo subsidiar. Th. 16.*

o) *Arg. L. 20. de accusat.* WERNH. *V. 3. suppl. ad P. 4. Obs. 151. n. 48. seqq.*

p) *c. 14. X. de sepultur. c. 9. X. de vsur. c. 28. X. de sentent. excomm.*

Geldbusse für ihren Erblasser verbunden sind, wenn die Urthel dem letzteren entweder die Wahl unter einer Geldbusse und einer andern Strafe ausdrücklich zugestanden hat, und jener, ohne sich darüber zu erklären, verstorben ist, oder wenn der Verurtheilte von dem Erkenntniß, worin auf eine Geldbusse, wo nicht schlechterdings, doch zum wenigsten alternative, erkannt worden, eine neue Vertheidigung ergriffen hat und darüber hingestorben ist? Sowenig es gegründeten Zweifeln unterworfen seyn kann, daß der Erbe zur Bezahlung der erkannten Geldbusse sodann gehalten sey, wenn der Erblasser nicht sowohl wegen der aufgelegten Geldbusse überhaupt, als vielmehr lediglich wegen der Grösse derselben eine neue Vertheidigung unternommen, oder eines andern Rechtsmittels sich bedienet, und die darauf folgende Urthel die Geldbusse verlangtermassen leidlich bestimmet hat; eben so ausgemachten Rechtens ist es, daß der Erbe die erkannte Geldbusse sodann bezahlen müsse, wenn nach freygelassener Vertheidigung die erste Urthel, entweder schlechterdings, oder nur mit kleinen Abänderungen, die in die Hauptsache keinen Einfluß haben, bestättiget wird, und dabey das letztere Erkenntniß als rechtswidrig mit Grunde nicht angefochten werden kann [q]). Es mag auch

q) L. 6. C. *si reus vel accusat. mortuus fuerit.* v. si quis cum capitali poena vel deportatione damnatus esset, appellatione interposita et in suspenso constituta, fati diem functus est, crimen morte finitum est. Idem obseruatur, et si accusator pendente appellationis tempore vltimum diem obiisset.

auch zur Begründung des Gegentheils nicht in besonderer Erwägung kommen, daß die angezogenen Gesetze eines theils nur von der Appellation reden, andern theils aber sich auf eine publicationem bonorum beziehen. Denn, da heutiges Tages die neue Vertheidigung die Stelle der Appellation vertritt, so muß auch um somehr, von jener eben das gelten, was die Gesetze von dieser vorschreiben, da der Grund des angezogenen Gesetzes r) sowohl bey einer neuen Vertheidigung, als bey der Appellation, in Anwendung kommt. Dasjenige aber, was in den Gesetzen sogar von Einziehung der Güther verordnet, ist um somehr auf eine jede erkannte Geldbusse zu ziehen, als der Schluß a Maiori ad Minus hier ganz unbedenklich ist.

Weil, der Regel nach, bey sogenannten poenis alternatiuis dem Richter die Wahl gebühret

set. *Sin autem relegationis poenam sustinuit, et in parte bonorum damnatus appellatione vsus est, etiam post mortem eius nihilominus appellationis ratio examinabitur: cum desideretur, vtrum valeat nec ne particularis publicatio. L. 1. si pendent. appell. mors interuenerit.* v. quamuis pendente appellatione morte rei crimen exstinctum sit: data tamen etiam de parte bonorum eius sententia proponitur aduersus quam non aliter is, qui emolumentum successionis habet, obtinere potest, quam si in reddendis causis appellationis iniquitatem sententiae detexerit. BRVNNEM. *ad L. 6. C. si reus vel accus.*

r) *L. 6. C. si reus vel accusator mortuus fuerit* v. etiam post mortem eius nihilominus appellationis ratio examinabitur: cum desideretur, vtrum valeat nec ne particularis publicatio.

ret [s]), Leibes- und andere Strafen auch nicht auf die Erben gehen, so scheinet es keinen Zweifel zu haben, daß der Erbe die Geldbusse bezahlen müsse, wenn gleich seinem Erblasser unter solcher und einer andern die Wahl gelassen wäre, allein derselbe bey seinem Leben entweder gar nicht gewählet, oder doch wenigstens der andern verhältnißmäßigen Strafe sich nicht unterworfen hätte. Denn unter solchen Umständen hat es bey dem bekannten Grundsatz der Rechte, daß derjenige, dem zwar die Wahl unter zweyen Verbindlichkeiten frey stehet, der aber nur eine zu erfüllen im Stande ist, zu dieser sodann schlechterdings gehalten sey, lediglich das Bewenden. Wie inzwischen dem Erblasser, in soferne er sich nicht bereits zur Bezahlung der aufgelegten Geldbusse verstanden hatte, frey stand, wider die Urthel, die ihm jene auflegte, zuläßige Rechtsmittel zu ergreifen, so sind auch die letzteren demjenigen Erben, der sich in Ansehung der aufgelegten Geldbusse entweder überhaupt, oder doch in Ansehung der Summe, beschweret hält, nicht zu verweigern. Denn, sowenig sich hier eine Verschiedenheit des Grundes findet, so sehr tritt selbst die Billigkeit auf die Seite der Erben. Ueberdieß ist es in Absicht der letzteren Pflicht, allen Nachtheil, der dem guten Namen des Erblassers wiederfähret, soviel immer möglich, abzuwenden

s) CARPZOV. *P. 4. Const. 48. Def. 8.* BOEHMER *ad art. 108. CC.* WERNH. *P. 2. Obs. 461.* Die gegenseitige Meynung vertheidiget LEYSER *Spec. 644. Med. 6.*

wenden [t]). Würde inzwischen der Erblasser sich bereits zur Bezahlung der Geldbusse verstanden haben, es sey nun, daß sie ihm entweder schlechterdings aufgeleget, oder ihm die Wahl unter derselben und einer andern frey gelassen worden wäre; so kann der Erbe sich sowenig entziehen, solche, in soweit es der Nachlaß zuläßt, abzuführen, als es ihm ferner zu erlauben ist, jenes Erkenntniß anzufechten, oder eine neue Erörterung der Sache zu verlangen, indem unter solchen Umständen für den Erben nichts weiter übrig ist, als, dasjenige zu erfüllen, wozu sich der Erblasser bereits verbindlich gemacht hatte, und nach der Beschaffenheit seines Nachlasses auch mit Rechtsbestande thun konnte.

t) *L. 16. pr. L. 17. 20. de his quib. vt indign. c. 16. C. XI. q. 3.* MYLIVS *Progr. de iniur. mort. illat. ab hered. vindicand. Lips. 1751.*

XI.

Vom stillschweigenden Verboth der sogenannten Quartae Falcidiae.

Nach dem älteren Römischen Rechte konnte die den Erben zustehende Befugniß, den vierten Theil der Erbschaft inne zu behalten, oder den Legatarien so viel, als solcher vierte Theil betrug, zu kürzen, von dem Erblasser auf keine Weise aufgehoben, oder auch nur eingeschränket werden, vielmehr war es den Erben vergönnet, sogar wider Willen des Erblassers und wider dessen ausdrückliches Verboth die sogenannte Quartam Falcidiam abzuziehen [a]). Diese Vorschrift des Römischen Rechts beruhete unstreitig wohl auf dem bekannten Grundsatz, daß alle solche Rechte, die einmal von der gesetzgebenden Gewalt, zumal in Testaments- und Erbschaftssachen eingeführet worden waren, nach blosser Willkühr von Privatleuten nicht wieder aufgehoben werden könnten [b]). Allein, dessen allen ungeachtet geben neuere Römische Gesetze dem Erblasser die Freyheit, den Gebrauch

a) *L. 15. §. 1.* und *8. ad L. falcid.* v. Quarta, quae per legem Falcidiam retinetur, aestimatione, quam testator fecit, non magis minui potest, quam augeri. add. *L. 27. L. 56. §. 5. L. 86. D.* und *L. 11.* und *18. C. ad L. falcid.*

b) *L. 55. de legat. 1.*

Gebrauch der Quartae falcidiae seinen Erben gänzlich zu verbieten [c]). Wenn nun gleich jene Gesetze zur Unstatthaftigkeit der Quartae falcidiae die ausdrückliche Erklärung des Erblassers erfodern [d]), so scheinet gleichwohl sodann ein stillschweigendes Verboth eben dieselben Wirkungen hervorzubringen, wenn sowohl der ganze Inhalt des letzten Willens, als alle dabey einschlagende Umstände, zu erkennen geben, daß des Erblassers eigentliche Absicht dahin gegangen sey, den Legatarien die ihnen verschriebene Vermächtnisse ohne alle Abkürzung, oder Einschränkung zu hinterlassen [e]). Dem Ansehen nach ist letzteres auch um so weniger gegründeten Zweifeln unterworfen, als nicht allein bey einem jeden letzten Willen auf die wahrscheinliche Absicht des Erblassers gesehen werden

c) *Authent. sed cum testator C. ad L. falcid.*

d) *Nouella 1. c. 2.* si vero expressim designauerit, *non velle heredem retinere Falcidiam :* necessarium est Testatoris valere Sententiam : et aut volentem eum parere Testatori, forsan etiam quaedam iuste et pie relinquenti : lucrum non in percipiendo, sed solummodo pie agendo habentem : et non videri sine lucro huiusmodi esse hereditatem : aut si parere noluerit eum quidem recedere ab huiusmodi institutione, locum vero fieri (sicut dudum praediximus) substitutis et coheredibus, et fideicommissariis et legatariis, et iis, qui ab intestato sunt, et aliis secundum prius a nobis inuentam in Tabulis viam.

e) MANTICA *de Coniectur. vlt. volunt. L. 9. Tit. vlt.* und MENOCH *de praesumt. Lib. 1. Praes. 198. n. 14.* MASCARD *de probat. Vol. 3. Concl. 1389.*

werden muß[f]), sondern auch eine stillschweigende Erklärung, zumal wenn sie auf vernünftigen Gründen beruhet, einer ausdrücklichen in alle Wege gleich geachtet zu werden pfleget[g]). Hiezu kommt, daß in den Gesetzen sogar von der Quarta falcidia besondere Fälle vorkommen, da in Ermangelung einer ausdrücklichen Erklärung des Erblassers, deren Abzug gleichwohl stillschweigend verbothen gehalten wird[h]). Vermöge dieser Gründe hat daher ein stillschweigendes Verboth der Quartae falcidiae eben dieselben Folgen und Wirkungen, als, wenn solches mit ausdrücklichen Worten geschehen wäre. Es ist inzwischen bey einem jeden angeblichen stillschweigenden Verboth der Quartae falcidiae allemal vorauszusetzen, daß der ganze Zusammenhang des letzten Willens und alle darin vorkommende Ausdrücke die wahre Absicht des Erblassers, seinen eingesetzten Erben die Quartam falcidiam entziehen zu wollen, zu erkennen gebe, und sich jene Absicht aus dem Testament nach einer vernünftigen Schlußfolge herleiten lasse[i]). Unter diesen Umständen und Einschrän-

f) *Arg. L. 39. §. 6. de legat. 1. L. 47. de legat. 2. L. 75. de legat. 3.* Struben im 3ten Theil der rechtlichen Bedenken *n.* 72.

g) *Arg. L. 32. §. 1. de LL. c. 43. de R. I. in 6to.*

h) *L. 14. §. 1. L. 56. §. vlt. L. 71. L. 91. ad L. falcid. L. 6. de fideicommiss. libert. Nouell. 119. c. 11. Auth. sed in ea re C. ad L. falcid.*

i) RITTERSHVSEN *ad Nouell. P. 6. c. 5. n. 11. 12.* BOER *Dec. 44. n. 33.* und *Dec. 193. n. 1. 2.*

BER-

schränkungen pfleget der Gerichtsbrauch, nach dem Zeugniß angesehener Rechtslehrer, dem stillschweigenden Verboth der Quartae falcidiae eben dieselben Wirkungen, die sonst nur einem ausdrücklichen gebühren, beyzulegen [k]).

Es scheinet nun zwar dieser eben angezogenen Meynung gar sehr entgegen zu seyn, daß die angeführte Novelle [l]) zur Unstatthaftigkeit der den Erben zustehenden Quartae falcidiae gleichwohl die ausdrückliche Erklärung des Erblassers erfodere und solche als die eigentliche formam specificam festsetze, wobey es allem Ansehen nach um so mehr das Bewenden behalten müsse, als den Rechten nach eine stillschweigende Erklärung sodann niemals genüge, wenn die Gesetze eine ausdrückliche erfodern [m]); wie denn auch die angeführte Novelle, weil sie älteren Gesetzen widerspricht, als ein Lex correctoria anzusehen, und daher stricte zu erklären ist. In dieser Hinsicht fehlet es auch nicht an Rechtslehrern, welche die gegenseitige Meynung vertheidigen [n]). Allein, dessen

BERLICH *P.* 2. *Concl.* 272. und *P.* 3. *Concl.* 1. *n.* 72. GOMEZ *Lib.* 1. *Resol.* 5. *n.* 11. STRAVCH *Diss.* 10.

k) MEYER *in Colleg. Iurid. Argent. Lib.* 35. *Tit.* 2. *§.* 7. BRVNNEMANN *in Comment. ad Cod. Lib. VI. Tit. ad L. falcid. n.* 7. HAHN *ad* WESENBEC. *Tit. ad L. falcid. n.* 8.

l) *Nouella* 1. *cap.* 2.

m) *L.* 195. *de Reg. Iur.*

n) WESENBEC. *in Paratit. ff. Tit. ad L. falcid. n.* 8. SCHNEIDEW. *ad §. vlt. Inst. de L. falcid.*

dessen allen ungeachtet verdienet doch die Meynung, daß unter gewissen Einschränkungen auch ein stillschweigendes Verboth der Quartae falcidiae genüge, billig den Vorzug. Denn, da von einem jüngeren Gesetz, der Regel nach, nicht zu vermuthen, oder anzunehmen stehet, daß es ein vorhergehendes älteres Gesetz habe aufheben wollen, in soferne solches nicht mit deutlichen Worten geschehen ist [o]), so scheinet auch in dem gegenwärtigen Fall ein gleiches statt finden zu müssen. Solchergestalt setzet die Novelle darin, daß sie zum Verboth der Quartae falcidiae die ausdrückliche Erklärung des Erblassers erfodert, nur die Regel fest; verwirft dadurch aber keinesweges zugleich alle, entweder in der Sache selbst, oder in andern Gesetzen gegründete Ausnahmen [p]). In Beyhalt dieser Grundsätze würde es daher keinen Zweifel haben, daß es für einerley zu halten sey, ob ein Erblasser den Abzug der Quartae falcidiae ausdrücklich verbothen, oder eine solche Gesinnung dadurch zu Tage geleget habe, daß er, ohne jedoch der Quartae falcidiae ausdrücklich zu erwähnen, befohlen, es sollten die Vermächtnisse ohne Verkürzung, oder dergestalt, wie er sie in seinem

 letzten

cid. n. 18. CARPZOV. *Lib. 6. Resp. 30.* und *P. 3. Const. 1. Def. 13.* PEREZ *ad Cod. Lib. 6. Tit. ad L. falcid. n. 13.* BERGER *in Resolut. Leg. obstant. Lib. 35. Tit. 2.*

o) *L. 28. de LL.* v. sed et posteriores leges ad priores pertinent, nisi contrariae sint: idque multis argumentis probatur.

p) BRVNNEMANN *c. l.*

letzten Willen nahmhaft gemacht habe, bezahlet werden [q]).

Ferner ist auch der Gebrauch der Quartae falcidiae sodann für unstatthaft, oder als still-schweigend verbothen anzunehmen, wenn der Erbe schon bey Lebzeiten des Erblassers so viel von demselben, als der vierte Theil der ganzen Verlassenschaft ausmacht, empfangen hat [r]); oder, wenn der Erblasser zur Erkaufung der Freyheit eines Menschen eine gewisse Summe nahmentlich ausgesetzet [s]), oder aus einer gewissen und zugleich besonders angeführten Ursache verordnet hätte, daß das zu einem Vermächtniß ausgesetzte Grundstück nicht veräussert werden, vielmehr beständig bey der Familie, oder den Nachfolgern des Legatarii verbleiben solle [t]); oder, wenn er besonders erkläret

q) HAHN *ad* WESENBEC. *Tit. ad L. falcid. n. 8.* MEYER und BRVNNEMANN *c. c. l. l.*

r) *L. 56. §. 5. ad L. falcid.* v. saepius euenit, ne emolumentum eius legis haeres consequatur nam si centum aureorum dominus alicui dedisset et eum instituerit haeredem et dodrantem legauerit, nihil aliud sub occasione legis falcidiae interueni-re potest, quia viuus videtur haeredi futuro pro-uidere. *add. L. 91. ad L. falcid.*

s) *L. 6. D. de fideicommiss. libert.*

t) *Authent. sed in ea re C. ad L. falcid.* v. sed in ea re cessat falcidia, quae ita relicta est, ne aliene-tur, sed permaneat apud successores eius, cui re-licta est. *Nouella 119. c. 11.* si quando autem ali-quis testamentum faciat et aliquam rem immobi-lem suae familiae aut alteri cuicunque personae nomine legati reliquerit, et specialiter dixerit, nullo

erkläret hätte, daß sein Erbe ausser dem ihm angewiesenen Erbtheil schlechterdings nichts weiter aus der Verlassenschaft haben solle, ohne jedoch der Quartae falcidiae nahmentlich zu erwähnen [u]); oder, wenn endlich der Erblasser den Abzug der Quartae falcidiae zwar ausdrücklich verbothen hätte, indessen zu beweisen stünde, daß dieses in der Voraussetzung eines vermeyntlich habenden grösseren Vermögens geschehen wäre [x]). Denn, nach dem Zeugniß bewährter Rechtslehrer ist dem Erben dieser Beweis des Irthums allerdings zu gestatten, und, wenn er ihn führet, so ist das Verboth billig als nicht geschehen anzusehen, und der Erbe dem ohngeachtet zum Abzug der Quartae falcidiae befugt [y]). Bey dem Mangel eines vollständigen Beweises dieses Irthums ist zwar der Erbe billig zum Erfüllungs-Eyde zuzulassen, wenn er solche Vermuthungen, die die Stärke ei-

nullo tempore hanc rem alienari, sed aut apud haeredes, aut apud successores illius, cui relicta est, permanere, in hoc legato iubemus falcidiam legem locum penitus non habere, quoniam alienationem eius testator ipse prohibuit.

u) *Arg. cit. Nouell. 1. c. 2.* BERGER *in Oecon. Iur. Lib. 2. Tit. 4. Th. 31. n. 6.* BRVNNEM. *ad L. 15. ad L. falcid. n. 4.* FINCKELTHAVS. *Obs. 120. n. 20.*

x) *Authent. sed cum testator. C. ad L. falcid.* v. sed cum testator hoc expressim vetuit non ignarus quis modus sit patrimonii sui, cessat Falcidia. BRVNNEM. *c. l.*

y) SCHILTER *Ex. ad Pandect. Ex. 39. §. 137.* RICHTER *ad cit. Authent. n. 12.*

nes halben Beweises haben, für sich anführet; indessen ist, der Regel nach, jener Irthum nicht zu vermuthen. Sollte es daher an andern wahrscheinlichen Gründen für denselben ermangeln, so kann der Erbe aus dem im Testament in folle vielleicht gemachten, aber nach dem Tode des Erblassers fehlsam befundenen Ueberschlag des Vermögens, in Ermangelung des Verboths der Quartae falcidiae, bey den Vermächtnissen und der befohlenen Auszahlung derselben, nicht sofort die stillschweigende Bedingung, daß jene nur unter der Voraussetzung einer grösseren Verlassenschaft geschehen sey, erdichten. Noch weniger aber kann die blosse Hinzufügung der sogenannten Codicillar-Clausel, gesetzt, daß darin auch sogar der Verlust des ganzen Erbrechts auf die Anfechtung des letzten Willens gesetzet wäre, dem Erben sein Recht, die Quartam falcidiam abzuziehen, rauben. Denn, eines theils ist aus der blossen ernsthaften Erklärung eines Erblassers, daß sein letzter Wille in allen und jeden Punkten aufrecht bleiben solle, an und für sich kein Verboth der Quartae falcidiae herzuleiten, andern theils ist von einem Erblasser im Zweifelsfall allemal zu vermuthen, daß er bey seinem letzten Willen den Gesetzen habe gemäß handeln, und durch die Hinzufügung der Codicillar-Clausel seinen Erben ihre rechtlichen Befugnisse nicht nehmen, vielmehr jene Erklärung salua falcidia verstanden wissen wollen [z]).

Aus

z) MANTIC. *de coniect. vlt. Volunt. T. 12. n. 16.*

Aus allem bisher mit mehrerem an- und ausgeführten ergiebet sich nun zur genüge, daß, der Regel nach, zwar zur Ausschliessung der Quartae falcidiae die ausdrückliche Erklärung des Erblassers erfodert werde [aa]), und bey dem Mangel derselben den Erben ihr Gebrauch den Rechten nach allemal zustehe, daß aber gleichwohl von diesem allgemeinen Grundsatz sodann eine Ausnahme statt finde, wenn entweder die Gesetze selbst gewisse Einschränkungen machen [bb]), oder auch aus dem ganzen Zusammenhang des Testaments und allen dabey vorkommenden Umständen, nach einer auf vernünftigen Gründen beruhenden Wahrscheinlichkeit nicht anders zu vermuthen ist, als, daß des Erblassers eigentliche und wahre Absicht dahin gegangen sey, daß die Vermächtnisse ohne alle Abkürzung bezahlet, folglich die bey Testamenten und Erbfolgen sich sonst von selbst verstehende Quarta falcidia, bey seinem letzten Willen, oder bey seiner Verlassenschaft nicht in Anwendung gebracht werden solle [cc]).

aa) *Nouell. 1. c. 2. in fin. Authent. sed cum testator. C. ad L. falcid.*

bb) *L. 56. §. 5. L. 91. ad L. falcid. L. 6. de fideicommiss. libert. Nou. 119. c. 11. Authent. sed in ea re C. ad L. falcid.* BERGER *in Resol. leg. obstant. c. l.*

cc) BRVNNEMANN *ad Authent. sed cum testator. C. ad L. falcid.*

XII.

Wann einem Angeschuldigten zur Führung seiner Vertheidigung ein besonderer Sachwald von Amtswegen zuzuordnen sey?

Ob es gleich zu den völlig unbestrittenen Rechtswahrheiten gehöret, daß ein jeder Richter auf die Vertheidigung eines Angeschuldigten von Amtswegen allen rechtlichen Bedacht nehmen, die Mittel, die dazu dienen, erleichtern, und bey der Armuth des Verbrechers sogar die Kosten, welche die Beybringung der nöthigen Beweise seiner Unschuld, oder zum wenigsten seiner mindern Strafbarkeit erfodert, tragen müsse [a]), so herrschet gleichwohl wegen der richtigen Beantwortung der Frage: Ob jene Verbindlichkeit sich wohl gar soweit erstrecke, daß auch einem Angeschuldigten, in allen und jeden peinlichen Fällen, ohne die Grösse des Nachtheils, der ihm dadurch zuwachsen kann, in Betracht zu ziehen, zur Führung der Vertheidigung ein besonderer Sachwald von Amtswegen, und allenfals wohl gar auf öffentliche Kosten, zugeordnet werden müsse? eine grosse Verschiedenheit in den Meynungen der Rechtslehrer. Alle kommen zwar darin mit einander völlig überein,

a) *L. 19. de poen. L. vlt. de quaest.* Art. 47. P. G. O. BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 4. Tit. 6. n. 11.* WERNHER *P. 8. Obs. 471.*

überein, daß dem Angeschuldigten, der Regel nach, gewillfahret werden müsse, wenn er um Zuordnung eines Sachwaldes und Freylassung einer Vertheidigung insbesondere ansuchet, ohne Unterschied, ob nur lediglich von der Abwendung dieses, oder jenen nachtheiligen Verfahrens, oder von der Strafe und deren Milderung die Rede sey, ob er die Missethat bereits bekannt habe, oder derselben überwiesen, oder, ob vielleicht beydes noch nicht sey, ob er die Kosten tragen könne, oder nicht, ob er sich schon zu einem, oder mehrerenmalen vertheidiget habe, oder nicht[b])? Eben daraus ist es auch zu erklären, warum man einem jeden Angeschuldigten nicht allein sodann, wenn eine Lebens- oder Leibesstrafe bevorstehet, sondern auch sogar zur Abwendung, oder Milderung der Gefangenschaft[c]), der besonderen Inquisition[d]), der Gegenstellung, der

b) Art. 154. P. G. O. WINCOP *de fauor. innocent.* §. 28. BOEHMER *ad art.* 77. CC. §. 1.

c) BOEHMER *ad art.* 47. CC. §. 1.

d) Weil inzwischen das summarische Verhör an und für sich niemand verdächtig macht, auch keine besonders nachtheilige Folgen für den guten Namen mit sich verbunden hat, so pfleget man auch die nachgesuchte Vertheidigung zur Abwendung des summarischen Verhörs der Regel nach nicht zu gestatten. SCHAVMBVRG *in Princip. Prax. Iurid. Iudiciar. L.* 2. *c.* 9. §. 17. *n.* ***** Man pfleget inzwischen auch selbst die Vertheidigung zur Abwendung der Special-Inquisition nicht zu erlauben, wenn die Missethat sammt ihren Umständen offenbar und notorisch, oder der Angeschuldigte ein solcher Mensch seyn mögte, dem durch die Special-Inqui-

der Marter, der Bedräuung mit derselben, wie auch zur Abwendung des Reinigungs-Eydes, die Führung einer besonderen Vertheidigung auf sein Ansuchen gewöhnlichermassen zu gestatten pfleget. Die peinliche Gerichts-Ordnung widerspricht auch sowenig diesem Gerichtsbrauch, daß sie vielmehr die Vertheidigung eines Angeschuldigten ohne Einschränkung erlaubet [e]). Desto verschiedener pfleget die Frage: Ob und wann der Richter auf die Führung einer besonderen Vertheidigung von Amtswegen erkennen, und allenfals auch die dazu erfoderlichen Kosten hergeben müsse? beantwortet zu werden. Denn, wie einige, im Bezug auf besondere Landesgesetze, sodann, wenn von der Abwendung einer Lebens- oder Leibesstrafe, der Marter, oder der Landesverweisung, die Rede ist, die Frage bejahen [f]), so thun ein gleiches andere in allen und jeden Capital-Fällen, auch wenn die Tortur bevorstehet [g]). Die Rechtslehrer, welche dieser letzteren Meynung zugethan sind, pflegen

Inquisition kein besonderer Nachtheil an seiner Ehre zuwächset, oder jener schon einmahl eine Vertheidigung vergeblich geführet hätte, und keine neue Gründe vorbringen mögte, oder auch nur gewisse Umstände, ohne die That selbst in Zweifel zu ziehen, ableugnete, oder ganz unerwiesene Einreden vorbrächte, s. Claproth in der Einleitung in sämtliche summarische Processe im peinl. Proceß S. 92.

e) Art. 47. 88. 151. 154—156. P. G. O.

f) PUFENDORF *Introduct. in Process. crimin. Luneb. c. 17. §. 7.*

g) Art. 47. P. G. O. Claproth a. O. S. 84.

gen daher die Vertheidigungen in nothwendige und willkührliche zu unterscheiden, und zu jenen alle und jede Capital-Fälle, und, wenn von Abwendung der Marter die Rede ist, zu diesen aber alle übrigen Arten der Vertheidigungen zu rechnen. Noch andere Rechtslehrer vom Ansehen halten es zwar allemal für sicherer, daß man sodann, wenn ein Erkenntniß auf die Marter den Umständen nach zu vermuthen stehet, die Führung einer besonderen Vertheidigung von Amtswegen gestatte, inzwischen wollen sie diejenige Urthel, nach welcher auch ohne vorgängige Vertheidigung auf die Marter erkannt worden, in keine Wege für ungültig gehalten wissen, zumal, wenn die Führung einer besonderen Vertheidigung bey der Grösse und Stärke der Anzeigen, den Umständen nach, von keinem Nutzen hätte seyn können [h]). Dieser Meynung gesellet sich auch der berühmte Leyser [i]) bey, als welcher überhaupt die Vertheidigung mehr für schädlich, als nutzbar erkläret, wenn man einem Angeschuldigten, der die Gründe der Vertheidigung, oder Milderung selbst anzuführen im Stande ist, und keine Zuordnung eines Sachwaldes verlanget, vielmehr die baldige Beendigung der ganzen Inquisition sehnlich wünschet, zum Aufenthalt der Sache einen Vertheidiger wider Willen aufdringen wollte.

Wenn man nun diese verschiedene Meynungen

h) KRESS *ad art. 47. CC. §. 4.* BOEHMER *ad art. 47. CC. §. 1.*

i) LEYSER *Spec. 562. n. 9.*

gen der Rechtslehrer gegen einander hält, und eine gehörige Prüfung derselben anstellet, so hat es zwar keinen Zweifel, daß ein jeder Richter bey der Armuth und Mittellosigkeit eines Verklagten verbunden sey, die Beweise seiner Unschuld, oder wenigstens der minderen Strafbarkeit, auf eigene Kosten zu sammlen *k*). Allein, eine andere Frage ist: Ob auch der Richter einem Angeschuldigten, bey dem keine merkliche Einfalt wahrzunehmen ist, und welcher die begangene That sammt allen ihren Umständen bekennet, auch die ihm zu statten kommenden Gründe der Vertheidigung selbst anführet, und keinen Sachwald verlanget, einen Vertheidiger wider Willen aufdringen könne, oder wenigstens darauf von Amtswegen erkennen müsse? Angezognermassen verneinen die bewährtesten Rechts-

k) Art. 47. P. G. O. in den Worten: "Wo aber "der Verklagt, oder sein Freundschaft sollichen ob= "gedachten Kosten, Armut halber nit ertragen, "oder erleiden möcht, damit dann nichts desto min= "der das Uebel gestraffet oder der unschuldig wider "Recht nit übereilt werde, so soll die Oberkeyt oder "das Gericht den Kosten darlegen und der Richter "im Rechten fürfaren.„ Art. 154. P. G. O. "Item wer aber der Beklagt so ganz arm, auch "nit Freunde hett, die jezt gemelte Caution, siche= "rung und Bestandt zu thun vermocht, und doch "Zweiffelich wer, ob er seiner beschuldigten entlei= "bung halb redlich entschuldigung hett. Soll sich "der Richter nach gestalt der Sachen mit allem "Fleiß, so vil er kann, erkündigen, und der Ober= "keyt solchs alles schreiben undt Bescheydts deshal= "ber warten, also daß solche erkündigung inn dem "Fall Amptshalb auff des Gerichts oder desselben "Oberkeyt Darlegen undt Kosten beschehe.

Rechtslehrer diese Frage [l]), und der Art. 88. P. G. O. [m]), der von den Fürsprechern insbesondere handelt, ist dieser Meynung um so weniger entgegen, als er die Zuordnung der Fürsprecher und die Befugnisse, die er dieserhalb einem Angeschuldigten, der Regel nach, verstattet, lediglich auf den Fall, da letzterer ersteren begehret, einschränket.

Allein, sowenig auch diese Grundsätze, wenn man sie den Gesetzen nach in gehörige Erwägung ziehet, erhebliche Einwendungen zulassen, so hat es dennoch, nach einem fast durchgängig angenommenen Gerichtsbrauch, nicht den mindesten Zweifel, daß in Capital-Verbrechen überhaupt niemand ohne vorgängige Vertheidigung und Zuordnung eines besonderen Sachwaldes [n]) zur Todesstrafe

l) LEYSER *c. l.* At enim vero vt reo, homini prudenti et fandi perito, ac excusationes suas lucide exponenti, nec aduocatum poscenti, sed aliquando detrectanti, et maturari sententiam ac sumtus minui flagitanti, tamen aduocatus adiungatur, qui conquisitis vndique coloribus crimini manifesto tenebras offundat, ac dum in hoc laborat, carceris cruciatus in aliquot menses et annos extendat, miserumque clientem sumtibus defensionis ad incitas redigat, hoc iura nostra neque praecipiunt, neque probant, s. auch BOEHMER *ad art. 47. CC. §. 1.*

m) "Item Klägern und Antwortern, soll jedem Theyl "auf sein Begern eyn Fürsprecher aus dem Ge"richt erlaubt werden."

n) WILLENBERG *de aduocat. inquisit. non denegand.* Daß jedoch ein Angeschuldigter, wenn er genugsame Geschicklichkeit dazu besitzet, die Führung der

desstrafe verurtheilet werden könne[o]). Man pfleget auch hiebey keinen Unterschied zu machen: ob der Angeschuldigte die Missethat sammt allen ihren Umständen bekannt habe, oder derselben überwiesen, oder sie sonst notorisch, oder, ob von allen diesem das Gegentheil sey? ob eine qualificirte, oder eine andere Todesstrafe bevorstehe[p])? ob der Angeschuldigte sich seiner besonderen Vertheidigung begeben habe, oder nicht[q])? ob er die dazu erfoderlichen Kosten aus eigenen Mitteln tragen könne, oder ob sie bey seiner Armuth vielmehr dem Gericht zur Last fallen[r])? Man pfleget vielmehr in dem Fall, wenn die Inquisitions-Acten ohne Führung einer Vertheidigung etwa versandt wären, nicht sowohl auf die Todesstrafe, oder überhaupt in der Sache zu erkennen, als vielmehr die Acten zum Zweck der Beybringung einer besonderen

der Vertheidigung in seiner eigenen Sache übernehmen könne, leidet keinen Zweifel, Art. 88. P. G. O., obgleich sich dawider vieles nicht ohne Grund erinnern läßt, s. **Herrn Hofrath Meister im peinlichen Proceß** S. 228.

o) GRANTZ *Defens. Inquisit. c. 4. Membr. 1. Sect. 2. n. 143.* CARPZOV. *Pract. Rer. Crimin. q. 115. n. 2.* LEYSER *Spec. 562. n. 3.*

p) BRVNNEM. *in Proc. Inq. c. 8. membr. 3. n. 2. seqq.* **Ludovici im peinl. Proceß** c. 8. §. 3. 5. BERGER *in Elect. Crimin. p. 167.*

q) **Herr Hofrath** MEISTER *in Principiis Iur. Crimin. Sect. 3. cap. 20. §. 4.*

r) PVFENDORF *Introduct. in Process. crimin. Luneb. c. 17. §. 22. 24.*

sonderen Vertheidigungs-Schrift und Zuordnung eines Sachwaldes zurück zu senden [s]).

Wenn auch gleich verschiedene berühmte Rechtslehrer an denjenigen Oertern, alwo die Marter noch gebräuchlich ist, ohne zuvor beygebrachte Vertheidigungs-Schrift auf jene schlechterdings nicht erkannt wissen wollen [t]), so halten gleichwohl andere, gleichfals bewährte Rechtslehrer dafür, daß zwar die vorgängige Freylassung der Vertheidigung sodann, wenn etwa die Marter zu befürchten, der Sicherheit halben einem jeden Gericht anzurathen, auch dem Angeschuldigten die Führung einer besonderen Vertheidigung auf sein Begehren allemal und ohne Bedenken zu gestatten sey [u]), daß aber auch die Unterlassung sodann, wenn die Anzeigen klar und deutlich seyn, und auffallend zum Gebrauch der Marter genügen mögten, niemals eine Nichtigkeit des Erkenntnisses und des peinlichen Verfahrens verursache, vielmehr eine Urthel, worin dem ungeachtet auf den Gebrauch der Marter erkannt worden, allerdings eine rechtsbeständige Gültigkeit habe [x]). Auf der andern Seite hat es ebenfals keinen Zweifel, daß nach erkannter Marter dem Verurtheilten eben sowohl frey stehe,

s) KRESS *ad art. 47. CC. §. 5.*

t) MEISTER *in Princip. Iur. Crimin. c. I. §. 6.*

u) Art. 33. und 47. P. G. O.

x) KRESS *ad art. 47. CC. §. 4.* und BOEHMER *ad art. 47. CC. §. 1.*

stehe, wider eine solche Urthel um Führung einer besonderen Vertheidigung anzuhalten, als ihm solches schon gleich anfangs frey stand, und daß auch das Gericht, bewandten Umständen nach, und bey erheblichen Gründen, darauf sogar von Amtswegen erkennen könne. Nach dem Zeugnisse berühmter Rechtslehrer hat es auch ebenfals seine unbestrittene Richtigkeit, daß demjenigen, dem entweder die Marter, oder wohl gar die Todesstrafe zuerkannt worden, auch nicht einmal die etwa nachgesuchte dritte Vertheidigung mit Grunde abgeschlagen werden könne, weil nämlich schon in bürgerlichen Sachen allererst nach dreyen genau übereinstimmenden Erkenntnissen die Einwendung eines Rechtsmittels nicht weiter statt findet. Da inzwischen ein Inquisit in peinlichen Fällen sich eigentlich niemals verspäten kann, so pfleget man auch sogar nach einer dritten Vertheidigung, im Fall sich erhebliche und bisher unbekannt gewesene Vertheidigungs-Gründe finden sollten, die Führung einer neuen Vertheidigung gleichwohl zu erlauben [y]).

Wäre inzwischen nicht sowohl von Capital-Verbrechen und einer darin zu erkennenden Todesstrafe, als von andern Erkenntnissen in peinlichen und Strafsachen die Rede, so ist die Zuordnung eines besonderen Sachwaldes und die Führung einer förmlichen Vertheidigung niemals nothwendig, wenn

y) PUFENDORF *c. l. c. 17. §. 20.* Claproth a. O. S. 93.

wenn anders, wie sich von selbst verstehet, diejenigen Gründe der Vertheidigung und Milderung, die dem Angeschuldigten zu statten kommen, in den Acten befindlich sind, und zu Protocoll gehörig registriret worden. Im Fall es daher, entweder der Beschaffenheit des Verbrechens, oder wenigstens, bewandten Umständen nach, zu keiner Lebensstrafe kommen, vielmehr, entweder nur die Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten, oder eine andere verhältnißmäßige, oder geringere statt finden kann, so machet die vorgängige Führung einer besonderen Vertheidigung um so weniger ein wesentliches Stück des peinlichen Processes aus, als überdieß jene mehrentheils mit unnützen Anführungen bekannter Rechte, oratorischen Umschweifen und zur Sache entweder gar nichts, oder doch nur wenig beytragenden Gründen und Beweisen angefüllet zu werden pfleget [z]). Würde daher entweder von Anstellung der Special-Inquisition, der gefänglichen Einziehung, Gegenstellung, Leistung des Reinigungs-Eydes, Bedräuung mit der Marter, oder dem Erkenntnisse einer Leibes- oder andern Strafe die Rede seyn, so hat das Gericht sowenig auf eine besondere vorläufige Vertheidigung von Amtswegen zu erkennen, als demselben

z) BEYER *Delineat. Iur. Crimin. ad CC. art. 7. pos. 18.* und *ad art. 151—157. pos. 1. 2. 5. 8. 10. 11.* MYLIUS *Pos. 33—37.* KRESS *ad art. 47. CC. §. 4. 5. 8. 9.* und *ad art. 152. CC. §. 1. 2. not. 1. n. 3—9.* Carrach in den rechtlichen Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen *n. 93.*

selben anzumuthen stehet, die dazu nöthigen Kosten herzugeben; es wäre dann, daß der Angeschuldigte auf die Zuordnung eines Sachwaldes, und auf die Führung einer besonderen Vertheidigung ausdrücklich, und unter Anführung erheblicher Gründe antragen mögte, da ihm denn darunter, der Regel nach, billig zu willfahren ist. Würde inzwischen der Ausgang der Sache, entweder auf das ganze Gericht, oder auf dieses, oder jenes Mitglied desselben eine Beziehung haben, oder überhaupt ein solcher Fall, da man der Klugheit gemäß die Acten gewöhnlich zu versenden pfleget[aa]), wenn gleich solches an und für sich nicht nothwendig wäre, vorkommen, so pfleget dem Angeschuldigten gewöhnlich ein Sachwald zugeordnet und die Führung einer besondern Vertheidigung gestattet zu werden.

aa) S. diese Beyträge im ersten Stück *n.* 1.

XIII.

Ob bey einem gerichtlich zu vollziehenden letzten Willen der Testirer die Befugniß habe, hiezu gewisse Glieder des Gerichts zu benennen?

So willkührlich es auch bey einem gerichtlich zu vollziehenden letzten Willen ist, ob man dazu die zuständige, oder eine andere Obrigkeit, erwähle[a]); ob letztere die hohe, oder nur die niedere, Gerichtsbarkeit habe[b]); ob das Testament im Gericht, oder in der Privatwohnung des Testirers, oder des Richters, vollzogen[c]), verschlossen eingereichet, oder mündlich zu Protocoll gegeben werde[d]); ob es von dem Testirer in Person, oder von einem dazu besonders Bevollmächtigten, über-

 geben

a) L. 19. C. *de testament.* v. Sicut ergo securus erit qui actis cuiuscunque Iudicis, aut municipum, aut auribus priuatorum mentis suae postremum publicauit iudicium: ita nec de eius vnquam successione tractabitur, qui nobis mediis et toto Iure (quod in nostris est scriniis constitutum) teste succedit. GRIBNER *de testamento Iudici incompetenti oblato Lips. 1732.* MEV. *P. 3. Dec. 195.* WESENB. *Cons. 28. n. 24.* BRVNNEM. *ad Cod. h. T.*

b) CARPZOV. *P. 3. Const. 3. Def. 12. n. 5.*

c) L. 19. C. *de testament.* HERT. *Vol. 1. Resp. 305. n. 6.* LEYSER *Spec. 351. n. 1.*

d) MEIER *in Colleg. argentoratens. Lib. 28. Tit. 1. §. 10.*

geben e), oder vor dem Richter innerhalb seines Gerichtszwanges, oder ausser demselben, errichtet werde f), so kann gleichwohl, nach dem gemeinen Gerichtsbrauch, in Deutschland kein Testament als ein gerichtliches bestehen, das entweder ohne besondere Abordnung, oder Vorwissen des Richters, oder des regierenden Bürgermeisters, gewissen Beysitzern, oder Gliedern des Gerichts übergeben g), oder lediglich vor dem Richter, oder Rathsmeister, ohne Zuziehung des Gerichtsschreibers,

e) BOEHMER *T. 2. Conf. 643. n. 18 — 23.* PUFENDORF *Tom. 3. Obs. 153. §. 10.* LEYSER *Spec. 354. n. 4.* Senkenberg von gerichtlichen Testamenten bey den Teutschen §. 19. Struben in dem 4ten Theil der rechtl. Bedenken *n.* 88. RIVINUS *de testamento per procuratorem oblato §. 11.* GADENDAM *de testamento Iudici per procuratorem exhibito.* Die gegentheilige Meynung vertheidigen inzwischen WERNHER *P. 4. Obs. 64.* CRAMER *Tom. 1. Obs. 17.* SPIESS *de testament. per procurat. non offerendo. Alt. 1742.* CONRADI *de testamento publico quod fit ad acta.*

f) *L. 2. ff. de offic. proconf. arg. L. 36. pr.* und *§. 1. de adopt.* LEYSER *Spec. 354. n. 1.* HARPRECHT *de testamento iudiciali §. 2.* LAUTERBACH *in Coll. Th. pract. L. 28. Tit. 1. §. 50.* SCHORCH *Resp. 27.* PUFENDORF *de Iurisdict. german. p. 96.* Die gegenseitige Meynung vertheidigen GLAFEY *Diss. de Iurisdictione voluntaria extra territorium.* GEBAUER *de Iurisdict. §. 2.* REINHARTH *ad* CHRISTIN. *Dec. Vol. 4. Obs. 15.* CARPZOV. *c. l. Def. 27.* RICHTER *Dec. 48.* BRUNNEM. *ad Cod. Lib. 6. Tit. 23.*

g) CARPZOV. *c. l. Def. 20.* BASTINELLER *de testament. Iudiciali extra locum Iudicii coram actuario et duob. scabin. sine Iudicis praescitu condito. Viteb. 1732.*

bers, oder eines andern Beysitzers, errichtet worden [h]). Es sind auch überdieß bekanntlich wesentliche Fehler bey einem gerichtlichen Testament, wenn die zur Entgegennahme abgeordneten Personen nicht sowohl ordentliche Mitglieder des Gerichts, oder Magistrats, als vielmehr lediglich Privatpersonen sind [i]), oder auch das Testament nicht in eigner Person, oder durch einen besondern Bevollmächtigten übergeben, sondern schriftlich eingesandt worden [k]).

Die Hauptsache bey einem gerichtlichen Testament, in soferne lediglich von den Formalien desselben die Rede ist, kommt am meisten darauf an, daß es entweder in Loco iudicii vor besetzten Gericht, oder wenigstens in Gegenwart einer Gerichtsperson und des Gerichtsschreibers, oder auch vor einigen Gliedern, die in solcher Absicht besonders

h) CARPZOV. *P. 3. Const. 3. Def. 15.* SCHIERSCHMID *Diss. de testamento coram solo Iudice non conficiendo. Erlang. 1764.* Schmidt in den öffentl. Rechtssprüchen im ersten Abschnitt *N. VII.* Cramer ob ein *testamentum soli Consuli in eius aedibus priuatis absentibus scabinis et actuario insinuatum pro valido iudiciali indeque vitio visibili carente* zu halten sey? s. desselben Wetzlarsche Nebenstunden *P. 10.* 6 Abth. *p. 73.* HOMMEL *de testamento iudiciali absque actuario neque ablegatis scabinis valido. Lips. 1764.* Die gegentheilige Meynung vertheidigen FINCKELTH. *Obs. 63.* Struben im 2ten Theil der rechtl. Bedenken *n. 51.*

i) STRYCK *de cautel. testament. c. 7. §. 10.*

k) CARPZOV. *c. l. Def. 18. n. 4. 5.* und *Def. 20.*

ders abgeordnet worden, vollzogen werde [l]). So sehr nun gleich die meisten Rechtslehrer darin, daß zur Vollziehung eines Testaments in der Privatwohnung des Testirers eine besonders geschehene Abordnung gewisser Personen erfodert werde, übereinstimmen, und daher die bloß von gewissen Gliedern des Magistrats, oder des Gerichts eigenmächtig und ohne besonderen Auftrag, geschehene Entgegennahme, der Regel nach, für ungültig erklären [m]), im übrigen aber es dem eigenen Ermessen des Richters überlassen, ob er unter Zuziehung des Gerichtsschreibers das Testament in der Wohnung des Testirers selber in Empfang nehmen, oder dazu einige Glieder besonders abordnen wolle [n]), so sind gleichwohl andere Rechtslehrer hierunter ganz verschiedener Meynung. Denn, einige erfodern, ausser den Abgeordneten, auch die Zuziehung des Gerichtsschreibers schlechterdings [o]); andere erfodern des letzteren Gegenwart nicht, und sind vielmehr zufrieden, wenn das Testament zweyen Abgeordneten des Gerichts, worunter auch der Richter selber seyn kann, über-

geben

l) STRYCK *c. l.* §. 40. SCHORCH *Sent.* 5. *n.* 18. *Resp.* 29. §. 20.

m) MEV. *ad Ius Lubec.* P. 2. *Tit.* 1. *art.* 2. *n.* 157. CARPZOV. P. 3. C. 3. *Def.* 20. STRYCK *c. l.* §. 37.

n) STRYCK *c. l.*

o) LUDOVICI *de actuarii presentia in actu testandi. Hal.* 1748. WERNHER *T.* 3. P. 1. *Obs.* 186.

geben werde [p]). Noch andere wollen lediglich bey mündlichen Testamenten den Gerichtsschreiber zugezogen wissen [q]), und wieder andere behaupten, daß sogar der Gerichtsschreiber allein, und, in dessen Ermangelung, ein Notarius zur Entgegennahme eines Testaments füglich abgeordnet werden könne [r]). Allein, diejenige Meynung ist wohl unstreitig die richtigste, und dem wahren Sinn der Gesetze am angemessensten, nach welcher zwar sowohl die Anzahl, als die Wahl der Glieder des Gerichts, die abgeordnet werden sollen, von dem richterlichen Ermessen abhänget, inzwischen gleichwohl zum Beweise, daß das Testament solchergestalt coram iudice würklich vollzogen worden, die Gegenwart zweyer unbescholtener Zeugen erfodert wird [s]), zumal sogar öffentliche Protocolle und andere gerichtliche Acten nur sodann, wenn die Richtigkeit der Sachen, oder,

p) BERGER *in Oeconom. Iur. Lib. 2. Tit. 4. n. 5.* CRAMER *T. 3. Obs. 924.*

q) HELLFELD *in Iurispr. forens. §. 1411.*

r) LEYSER *Spec. 354. n. 3.*

s) *L. 19. in fin. de testament.* v. nec institutus heres pertimescat, cum oblatas preces secundum voluntatem defuncti idoneis testibus possit approbare, si ei alia nocere non possunt. *L. 27. C. de donat.* FABER *Desinit. forens. Lib. 6. Tit. 5. Def. 21.* Die gegentheilige Meynung, oder, daß es schlechterdings keiner Zeugen bedürfe, vielmehr sola acta Iudicis um somehr genügen, als bey einem Iudicio der Regel nach anzunehmen, daß darin mehrere gegenwärtig gewesen seyn, vertheidiget. BRUNNEM. *in Comm. ad Cod. Lib. 6. Tit. 33.*

daß es auch würklich gerichtliche Acten, oder Protocolle sind, durch zweyer unbescholtener Zeugen Aussagen ausser Streit gesetzet worden, eine vollständige Beweiskraft haben [t]). Wenn es daher gleich bey einem gerichtlichen Testament nicht auf die Gegenwart von Zeugen, oder, daß jenes vor mehreren Gliedern des Gerichts vollzogen worden, ankommt [u]), zumal gerichtliche Acten, der Regel nach, eine völlige Beweiskraft haben [x]), so ist gleichwohl in dem Fall, da wider die letzteren, in soferne sie sich auf ein gerichtlich vollzogenes Testament beziehen, scheinbare Einwürfe gemacht werden, die Richtigkeit derselben durch zweyer Zeugen Aussage rechtlicher Art nach zu beweisen.

So

t) *Cap. XI. X. de probat.* v. quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare: cum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio : ne falsitas veritati praejudicet aut iniquitas praeualeat aequitati : statuimus, vt tam in ordinario judicio, quam extraordinario, iudex semper adhibeat aut publicam (si potest habere) personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter vniuersa iudicii acta conscribant : videlicet citationes, dilationes, recusationes, exceptiones, petitiones, responsiones, interrogationes, confessiones, testium depositiones, instrumentorum productiones, interlocutiones, appellationes, renuntiationes, conclusiones et cetera, quae occurrerint competenti ordine conscribenda, loca designando, tempora, et personas.

u) MYNSINGER *Cent. VI. Obs. 29.*

x) MEVIUS *ad Ius Lubec. P. 2. Tit. 1. art. 2. n. 72.* BRUNNEM. *ad Cod. Lib. 6. Tit. 23.*

So nothwendig nun gleich in dem Fall, da ein Testirer seinen letzten Willen zu Hause vollziehen will, eine besondere, und nach Ausweisung des erlassenen Decrets dazu, ausdrücklich abgeordnete Deputation erfodert wird [y]), so ist gleichwohl die Beantwortung der Frage: Ob auch dem Testirer erlaubt sey, diejenigen Mitglieder des Magistrats, oder des Gerichts besonders namhaft zu machen, in deren Gegenwart er sein Testament zu vollziehen Willens ist? und ob ihm darunter schlechterdings, oder von Rechtswegen gewillfahret werden müsse? mit verschiedenen Schwierigkeiten verbunden. Für die Bejahung derselben scheinet zu streiten, daß, da nach den Gesetzen bey gerichtlichen Testamenten, sowohl die Wahl des Gerichts, des Orts und der Zeit, als der Art und Weise, der eigenen Bestimmung des Testirers völlig überlassen worden, auch kein hinreichender Grund übrig zu bleiben scheine, warum man lediglich in Absicht der Wahl der Glieder aus dem Mittel der Obrigkeit eine Ausnahme, oder Einschränkung machen und annehmen wollte. Allein, diesem allen ungeachtet, fehlet es an gesetzlichen Aussprüchen, auf welchen gleichwohl der Testirer seine Befugniß, die abzuordnenden Glieder des Magistrats, oder des Gerichts, nach eigenem Belieben bestimmen, oder wählen zu können, gründen müßte. In dieser Hinsicht ist es daher lediglich für eine blosse Nachgiebigkeit des Richters,

y) MEV. *c. l. Lib. 1. Tit. 1. art. 3. n. 28. 36.* und *L. 2. art. 2. n. 136. 137.* SCHORCH *Sent. 5. n. 21.*

Richters, oder des Magistrats anzusehen, wenn sie sich etwa die Wahl des Testirers gefallen lassen, und sodann die von demselben benannten Glieder würklich abordnen. Denn, wenn gleich die Gesetze bey gerichtlichen Testamenten überall keine Feyerlichkeiten erfodern, vielmehr das meiste, und was besonders die Formalien anlanget, der eigenen Willkühr des Testirers lediglich überlassen, so ist gleichwohl eine solche Vergünstigung nicht extensive, sondern restrictive, zu erklären. Ueberdieß finden sich noch mehrere Gründe, nach welchen es unstreitig rathsamer ist, die Wahl der abzuordnenden Glieder nicht sowohl dem Testirer, als vielmehr der eigenen Bestimmung des Gerichts, oder des Magistrats zu überlassen. Denn, zu geschweigen, daß bey gerichtlichen Testamenten, zumal wenn der Inhalt den Abgeordneten bekannt gemacht werden soll, verschiedene Umstände vorkommen können, nach welchen es äusserst bedenklich wird, einen jeden, den der Testirer etwa benennet, als Abgeordneten zuzulassen, so ist auch besonders zu erwägen, daß diejenigen Glieder des Gerichts, oder des Magistrats, die zur Vollziehung, oder Entgegennahme eines Testaments abgesandt werden, die Stellen der Zeugen vertreten, und daher vor allen Dingen und am meisten dahin gesehen werden müsse, daß solche auch in Betracht des vorseyenden Geschäfts sich ausser allen gegründeten Einwendungen befinden. Letzteres kann unstreitig der Richter, oder der Magistrat, der Regel nach, besser, als der Testirer beurtheilen, wenigstens ist solches der Regel nach zu vermuthen.

Ohne-

Ohnehin würde ein jeder, der ein gerichtliches Testament zu vollziehen Vorhabens ist, wegen der damit für die Abgeordneten gewöhnlich verbundenen kleinen Vortheile, am meisten auf diejenigen Glieder sehen, die sich mit ihm in Verwandtschaft, oder sonstiger Verbindung befänden. Eine solche Wahl aber, die solchergestalt sich auf gewisse Nebenabsichten gründen würde, könnte nicht anders, als für die übrigen Glieder des Magistrats viele nachtheilige Folgen hervorbringen, und sie müßte nothwendig die Ordnung und das Verhältniß, das bey allen Collegial-Geschäften in Absicht der gemeinschaftlichen Lasten und Vortheile gleichwohl zu beobachten ist, unterbrechen, und zur Misgunst und Anfeindung Anlaß geben. Vermöge dieser Gründe und bey dem Mangel einer in den Gesezzen gegründeten Befugniß kann daher ein Testirer von Rechtswegen nicht verlangen, daß diejenigen Glieder, die er zur Vollziehung seines gerichtlichen Testaments benannt und vorgeschlagen hat, auch würklich abgeordnet werden, vielmehr bleibet es lediglich dem richterlichen, oder obrigkeitlichen Ermessen vorbehalten, ob den vorgeschlagenen Gliedern das ihnen zugedachte Geschäft würklich aufgetragen, oder vielmehr, ohne auf den Vorschlag des Testirers zu sehen, andere Glieder zur Vollziehung und Entgegennahme des Testaments abgeordnet werden sollen.

Wenn nun gleich an denjenigen Oertern, wo das Lübecksche Recht gilt, es dem Testirer gewöhnlich erlaubt zu werden pfleget, die Personen des

Gerichts,

Gerichts, oder Magistrats, denen er sein Testament übergeben will, zu benennen, so kommt gleichwohl jenes darin mit der Vorschrift gemeiner Rechte überein, daß es ihm nur sodann solches erlaubt, wenn er darum zuvor bey dem Magistrat gehörige Ansuchung gethan hat [z]), und jene beyde in dem Testament ebenfalls benannte obrigkeitliche Personen den letzten Willen aus des Testirers eigenen Händen würklich empfangen, und demnächst zu Rath bringen [aa]).

z) Herr D. Stein in der Abhandl. des Lübeckschen Rechts *T. 2. L. 2. Tit. 1. §. 98.*

aa) *Select. Iurid. Rostoch. Spec. 1. q. 2.* MANTZEL *in Iur. Meckl. et Lubec. illustr. Cent. 1. Iud. 2.*

XIV. Von

XIV.

Von den vorzüglichsten Stellen des Römischen und Canonischen Rechts, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird, und von deren heutigen Anwendung.

Wenn gleich einige Rechtslehrer [a]) alle Anwendung der Römischen Rechte in den deutschen peinlichen Gerichten zu bestreiten gesuchet haben, so verdienen sie doch um so weniger Beyfall, als sie theils durch so viele Artikeln der peinlichen Gerichts-Ordnung, welche auf Römische Gesetze augenscheinlich eine sehr genaue Beziehung haben, widerleget werden, theils aber deutsche Reichsgesetze den Hülfsgebrauch der Römischen Rechte unbestimmt, und ohne alle Einschränkung bestättigen [b]). In Ermangelung besonderer Vorschriften der peinlichen Gerichts-Ordnung, oder der Landesgesetze, oder wenigstens einer Analogie deutscher Rechte [c]), wornach in vorkommenden Fällen geurtheilet werden könnte, hat es

a) LUDOVICI *de exiguo vsu Iur. Rom. in mater. Crimin. praemiss. Comm. ei. ad CC..* HOFFMANN *de insign. defect. Iurispr. Crimin. c. 1. §. 20.*

b) Herr Hofrath MEISTER *Diss. Iur. Roman. Crimin. in German. foris maxime hodiern. auctoritat. Goet. 1766.* s. *eius Select. opusc. n. 1.*

c) BOEHMER *in Meditatt. ad CC. art. 105.*

es daher nicht den mindesten Zweifel, daß sowohl bey der Materie von Verbrechen und Strafen, als auch bey der peinlichen Verfahrungsart selbst, nach dem Römischen und Canonischen Rechte geurtheilet werden müsse, wo nicht etwa die Verschiedenheit der Religion, oder des Staats, eine nothwendige Ausnahme machten [d]). Wenn auch gleich das Canonische Recht am meisten in der Materie vom peinlichen Proceß zur Anwendung zu kommen und hierin dem Römischen Rechte sogar vorgezogen zu werden pfleget [e]), so hat es doch keinen Zweifel, daß bey der Materie von der Verjährung der Verbrechen, von dem Verfahren wider abwesende Angeschuldigte, und sogar hin und wider bey der Materie von dem peinlichen Gerichtszwange viele Stellen des Römischen Rechts bey dem Stillschweigen der peinlichen Gerichts-Ordnung zur Entscheidung dienen [f]). In solchen Theilen des peinlichen Processes inzwischen, die lediglich aus dem Canonischen Rechte ihren Ursprung haben, würde es eben so ungereimt seyn, zugleich auch seine Zuflucht zu dem Römischen Rechte zu nehmen [g]), als es verfassungswidrig seyn würde, alle Anwendung des Römischen Rechts bey der Lehre vom peinlichen Processe zur Ergän-

d) Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinl. Sachen *n.* 89.

e) Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 11.

f) MEISTER *c. l.* §. 36.

g) BOEHMER *de Praxi Iuris Canonici in terris Protestant.* und *in Iur. Eccl. Protest. T. II.* §. 70.

Ergänzung des etwa Mangelhaften, wenn keine Widersprüche, oder Verschiedenheit in den Grundsätzen dadurch veranlasset würden, läugnen zu wollen. Da der verdiente Herr Hofrath Meister sowohl den gesetzlichen, als den Lehrgebrauch der Römischen Rechte in peinlichen Fällen bereits ausser allen Zweifel gesetzet hat, so kann ich auf dieses vortreflichen Mannes Gründe zwar den Leser völlig verweisen; indessen wird die Anführung einzelner Stellen der peinlichen Gerichts-Ordnung, worin auf das Römische Recht würklich Bezug genommen wird, doch dazu dienen, jene Lehrsätze mehr zu bestärken, und, wenn ich mich auch hiebey auf das Canonische Recht einlasse, solche in etwas zu erweitern. Ich verspreche mir von beyden wenigstens einigen Nutzen, besonders für Anfänger.

Wenn gleich der erste Artikel der peinlichen Gerichts-Ordnung angeführtermassen am meisten sich auf alte deutsche Gewohnheiten beziehet [h]), so hat es doch keinen Zweifel, daß die darin enthaltene Vorschrift vornehmlich durch die damahl in Deutschland schon eingeführten Grundsätze des Canonischen Rechts veranlasset worden sey. Denn, da nach den letzteren die Blutrichter, oder die Beysitzer in den Criminal-Gerichten von allen geist-

h) Die Abhandl. von den vorzüglichsten alten deutschen Gewohnheiten, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird, und deren heutigen Anwendung, s. diese Beyträge im ersten Stück n. *VII*.

geistlichen Ehrenstellen, Präbenden und Beneficien ausgeschlossen wurden; so mußte dieses bey den adlichen und andern angesehenen Personen zum Nachtheil der Justitz nothwendig eine Entfernung von den Blutgerichten, oder den Criminal-Geschäften veranlassen. Daher ist es sehr wahrscheinlich, daß die in Deutschland eingeführten Grundsätze des Canonischen Rechts am meisten zu einer dieserhalb besonders gemachten Vorschrift, oder zu dem Art. 1. P. G. O. beygetragen haben [i]).

Das in verschiedenen Artikeln der peinlichen Gerichts-Ordnung bey dem Mangel eines Anklägers, bestättigte Verfahren von Amtswegen [k]), oder der inquisitorische Proceß hat unstreitig aus dem Canonischen Rechte seine Veranlassung [l]) genommen, und es ist ganz unläugbar, daß der Kaiser Karl der Fünfte bey der ausdrücklichen Bestättigung des inquisitorischen Processes auf jenes gesehen habe [m]), indem so wenig die Römer [n]), als

i) KRESS *de var. Iurisdict. in German. gener. Obs. 4. §. 1.*

k) Art. 6. 188. 189. 211. 214. und 219. P. G. O.

l) *c. 9. 10. 14. 16. 17. 19. 21. 23. 24. X. de accusat.*

m) THOMASIUS *de orig. process. inquisitor. §. 35. 38—46.*

n) *L. 6. §. 2. de muner. et honorib.* BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. T. 4. L. 5. Tit. 1. §. 8. seqq.* HELLFELD *ad* ENGAU *§. 71.* Die gegenseitige Meynung suchen besonders in *L. 13. pr. de offic. praes. §. 2. Inst. de I. N. et G. L. 1. C. de custod. et exhibit.*

als die alten Deutschen o), einen eigentlichen inquisitorischen Proceß, so wie er im Canonischen Rechte verordnet worden, jemahl gekannt haben. Wenn es auch gleich gewiß ist, daß durch die angewandten vereinten Bemühungen der Rechtsgelehrten der inquisitorische Proceß heutiges Tages eine weit mehrere Vollständigkeit und Brauchbarkeit erhalten habe, als er eigentlich nach dem Canonischen Rechte hatte, so hebet doch dies den Satz selbst nicht auf, daß bey der geschehenen Bestättigung des inquisitorischen Processes in der peinlichen Gerichts-Ordnung auf die Vorschriften des Canonischen Rechts am meisten gesehen worden, oder daß letzteres zu der würklichen Einführung des Untersuchungs-Processes in Deutschland die vornehmste Veranlassung gegeben habe. Auch noch heutiges Tages hat es bey der allgemeinen Anwendung des inquisitorischen Processes, oder bey dem Verfahren des Richters von Amtswegen, in Ansehung aller und jeder Verbrechen lediglich, oder der Regel nach, das Bewenden, indem die peinliche Gerichts-Ordnung nur in dem einzigen Fall, wenn von einem Diebstahl unter Eltern und Kindern, oder den nächsten Erben, die Rede ist, eine Ausnahme machet p), der Gerichtsbrauch aber solche Ausnahme nur bey

exhibit. reor. L. 7. C. de accusat. L. 6. §. 1. de poen. L. 3. §. 4. de suspect. tut. Nou. 128. c. 21. zu begründen. MATTHAEI *de crimin. Lib. 48. Tit. 20. c. 1.* LEYSER *Spec. 560. n. 70.*

o) HERT. *in Thesaur. Paroem. Lib. 1. Paroem. 12.*

p) Art. 165. P. G. O.

geringen Schmähsachen unter Leuten geringen Standes [q]) oder bey einem blossen Versuch eines an sich geringen Verbrechens zulässet.

Der in verschiedenen Artikeln der peinlichen Gerichts-Ordnung [r]) zur Herausbringung der Wahrheit bestättigte Gebrauch der Marter hat unstreitig auf die Römischen Rechte [s]) eine Beziehung. Denn vor Einführung der letzteren bedienten sich die deutschen Gerichte hiezu, ohne auf den Stand zu sehen, bekanntlich der sogenannten Ordale, oder Gottesgerichte [t]); die Römischen Rechte aber gaben die Veranlassung, daß man eben so, wie die Römer [u]) unter Knechten und Freyen zu unterscheiden anfing, und daher die Tortur bey den ersteren, die Ordale aber bey den letzteren gebrauchte [x]). Weil inzwischen zur Zeit der Verfertigung der peinlichen Gerichts-Ordnung der Gebrauch der Gottesgerichte oder der Ordalien in Deutschland fast gänzlich aufgehöret hatte; so ist es vermuthlich daraus zu erklären, warum die peinliche Gerichts-Ordnung, ohne auf die Verschiedenheit des Standes irgend weiteren Betracht zu nehmen, die Anwendung der Marter als ein

Hülfs-

q) Grundsätze des peinl. Rechts §. 303.

r) Art. 7. 8. 20. 22. 29. 45—60. P. G. O.

s) *Tot. tit. Digest. et Cod. de quaest.*

t) HEINECCIVS *in Element. Iur. German. Lib. 3. Tit. 6. §. 183.*

u) *L. 1. 2. 3. 4. 5. 6. 12. 16.* und *17. de quaest.*

x) Herr geheimer Regierungs-Rath HELLFELD *in Repertor. Iur. priuat. P. 3. p. 2506.*

Hülfsmittel zur Herausbringung der Wahrheit bestättiget habe [y]). Dagegen aber läßt sich aus dem vormahligen, sowohl Römischen als deutschen Unterscheid unter Freyen und Leibeigenen bey Anwendung der Marter der Gerichtsbrauch rechtfertigen, wenn man an den Oertern, wo die Marter annoch gewöhnlich ist, Adliche, fürstliche Räthe, Professores, Graduirte, Officiere und Prediger, nur wegen sehr schwerer Missethaten, bey ausnehmend starken Verdacht, und nach vorgängiger landesherrlichen Einwilligung zu foltern pfleget [z]).

Da die Justitzverfassung bey den alten Deutschen keine besondere Gefangenhäuser zur blossen Aufbewahrung der Gefangenen erlaubte, so ist es sehr wahrscheinlich, daß diejenigen Stellen der peinlichen Gerichts-Ordnung [aa]), die besondere Gefängnisse lediglich zur Aufbewahrung der Angeschuldigten gehalten, und selbige dergestalt eingerichtet wissen wollen, daß sie der Gesundheit des Inhaftirten keinen Nachtheil zufügen, auf ausdrückliche Vorschriften des Römischen Rechts [bb]) Beziehung haben. So viel aber die in der peinlichen Gerichts-Ordnung an verschiedenen Stellen

 bestättigte

y) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 117. Obs. 2.*

z) *L. 8. pr. L. 11. 12. C. de quaest. L. 10. C. de dignitat. L. 6. C. de Profess. et med. L. 3. C. ad L. Iul. maiest. L. 8. C. de episc. et cler.* BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 118. Obs. 4.* und *in Meditatt. ad art. 59. CC. §. 2.*

aa) Art. 11. und 218. P. G. O.

bb) *L. 8. §. 9. de poen. L. 1. C. de custod. reor.*

bestättigte [cc]) Gefängnißstrafe, und besonders die Gewohnheit der Gerichte, die Strafe des Kerkers, bewandten Umständen nach, allenfals durch ein Speisen bey Wasser und Brodt zu schärfen, betrift; so stehet nicht ohne Grund zu vermuthen, daß solche aus dem Canonischen Rechte hauptsächlich ihre Veranlassung habe [dd]).

Zu der Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung, daß der Ankläger, oder sein Gewalthaber so lange mit seinem Leibe gefänglich verwahret werden solle, bis er nach dem Ermessen des Gerichts genugsamen Vorstand und Sicherung geleistet hat, und zu der besondern Pflicht, die den Gerichten aufgeleget wird, von den Anklägern genugsamen Vorstand zu begehren [ee]), hat aller Wahrscheinlichkeit nach die ehemalige und bey den Römern üblich gewesene feyerliche Inscriptio oder Subscriptio in crimen [ff]) die vornehmste Veranlassung gegeben, obgleich leztere selbst nicht beybehalten, noch bestättiget worden.

Wenn die peinliche Gerichts-Ordnung den Richtern besonders es zur Pflicht macht, ohne redliche

cc) Art. 10. 157. 216. P. G. O.

dd) BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. T. 2. Lib. 3. Tit. 46. §. 43.*

ee) Art. 12. 14. P. G. O.

ff) *L. 7. D.* und *L. 16. 17. C. de quaest.* Wie besonders die Inscriptio von der subscriptione unterschieden gewesen sey, zeiget BRISSON *de Solemn. pop. Rom. verbis et formulis p. 442.* und mein geehrtester College, Herr Justitzrath MARTINI in der *Dissertation de cautione Criminali. Buetzov. 1777. §. 8.*

redliche Anzeigung niemand einer Missethat halben zu peinigen [gg]), so stehet diese Vorschrift mit einer merklichen Stelle des Römischen Rechts [hh]) in der genauesten Verbindung; dahingegen scheinet der Art. 23. P. G. O., nach welchem auf eines einzigen Zeugen Aussage, wenn er nämlich von der Hauptsache der Missethat zeuget, die Marter statt finden solle, mit einer ausdrücklichen Stelle des Römischen Rechts [ii]) in einigem Widerspruche zu stehen [kk]).

Die Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung [ll]), nach welcher belohnte Zeugen schlechterdings zu verwerfen sind, stimmet zwar mit dem Römischen Rechte überein [mm]), als welches das Zeugniß bestochener Zeugen sogar dann verwirft, wenn es gleich der Wahrheit gemäß befunden würde [nn]); allein, dessen ohngeachtet ist es mir wenigstens wahrscheinlicher, daß der Verfasser der angezogenen Stelle der peinlichen Gerichts-

gg) Art. 20. P. G. O.

hh) *L. 1. §. 1. de quaest.* v. ad tormenta seruorum ita demum veniri oportet, cum suspectus est reus et aliis argumentis ita probationi admouetur, vt sola confessio seruorum deesse videatur.

ii) *L. 20. D. de quaest.*

kk) Daß ein solcher Widerspruch aber nicht vorhanden sey, habe ich in der *Dissertation: vtrum vnus testis torturae faciat locum*, zu beweisen gesuchet.

ll) Art. 64. P. G. O.

mm) *L. 3. §. 1. de test. L. 2. §. 2. de condict. ob turp. caus.*

nn) *L. 1. §. 1.* und 2. *ad L. Cornel. de fals.*

Ordnung auf das Canonische Recht gesehen habe, als welches nicht allein ein jedes Dingen zum Zeugnisse eine praeuaricationem veritatis nennet [oo]), sondern auch eine solche Aussage schlechterdings verwirft [pp]), zumahl der Zeugen-Eyd darauf, daß der Zeuge keinen Lohn empfangen habe, oder Vortheile aus seinem Zeugnisse erwarte, der Regel nach gerichtet seyn muß [qq]), und daher theils wegen Besorgniß des Meyneydes ein solcher Zeuge überhaupt nicht zu zulassen seyn würde, theils aber das vielleicht schon abgelegte Zeugniß wegen des solchergestalt bewiesenen Meyneydes dennoch allemahl unkräftig werden müßte [rr]).

Wenn

oo) *c. 66. Caus. XI. q. 3.* v. acceptio nummorum *praeuaricatio veritatis* est.

pp) *c. 1. X. de testib.* Placuit sancto conuentui, vt testes ad *testimonium dandum* non conducantur pretio, et vt quicunque idonei et fideles in testimonium assumantur: ac nullus testimonium dicat, nisi ieiunus.

qq) *cap. 5. X. de testib.*

rr) Daß jedoch die versprochene Schadenserseßung wegen der Versäumniß keine eigentliche Bestechung ausmache, verstehet sich von selbst. Die Frage inzwischen: Ob ein Zeugniß eines bestochenen Zeugen, wenn letzterer bloß dazu, daß er die Wahrheit sagen solle, gedungen worden, einige Beweiskraft habe? wird von CARPZOV. *q. 93. n. 1.* besonders wegen des *L. 1. §. 2. ad L. Cornel. de fals.* schlechterdings verneinet, vom BACHOW *ad* TREVTL. *v. 1. Disp. 32. Th. 8.* und dem BOEHMER *ad art. 64. CC.* nach einem angenommenen Unterschiede verschiedentlich beantwortet.

Wenn die peinliche Gerichts-Ordnung befiehlet [ss]), daß die Zeugen sagen sollen, von ihrem selbst eigenen wahren Wissen mit Anführung ihres Wissens gründlicher Ursache; so stehet diese Vorschrift eben sowohl mit einer Stelle des Römischen Rechts [tt]) in Verbindung, als die Verordnung: so sie aber von fremden Höhren sagen würden, das soll nicht genugsam geachtet werden, auf Grundsätzen des Canonischen Rechts beruhet [uu]).

Die Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung, daß ein Angeschuldigter sodann, wenn er zweyer oder dreyer Zeugen Aussagen, was nämlich die That selbst und deren Hauptumstände anlanget, wider sich hat, für überwiesen zu halten ist, und zu der verwirkten Strafe verurtheilet werden mag [xx]), ist nicht allein den göttlichen Gesetzen [yy]), sondern auch insbesondere dem Römischen und Canonischen Rechte völlig gemäß [zz]). Eben daraus ist es zu erklären, warum sie vom Kaiser Karl dem Fünften in seinem Gesetzbuche angenommen und bestättiget worden. Daß aber

nach

ss) Art. 65. P. G. O.

tt) L. 4. C. *de testib.* v. Sola testatione prolatam nec aliis legitimis adminiculis causam approbatam, nullius esse momenti certum est.

uu) *cap.* 47. *X. de testib.*

xx) Art. 23. 67. und 69. P. G. O.

yy) *Deut. XVII. 6.* Matth. *XVIII. 16.* Johan. *VIII. 17.* 2 Cor. *XIII. 1.* Hebr. *X. 28.* 1 Timoth. *V. 19.*

zz) *L. 12. D. de testib. c. 10.* und *23. X. de testib.*

nach der peinlichen Gerichts-Ordnung [aaa]) eines einzigen Zeugen Aussage zur Ueberweisung nicht für hinlänglich gehalten wird, um darauf die Verurtheilung zur peinlichen Strafe zu bauen, gründet sich vermuthlich auf der ausdrücklichen Vorschrift des Römischen Rechts [bbb]), nach welchem ein Zeuge, er mag vom vornehmen, oder geringem Stande seyn, nur einen halben Beweis hervorbringet.

An vielen Stellen der peinlichen Gerichts-Ordnung wird das Römische Recht ausdrücklich bestättiget, an andern geschiehet es dadurch stillschweigend, daß die Richter und Urtheiler in zweifelhaften Sachen dahin angewiesen werden, sich bey den Rechtsgelehrten und hohen Schulen Raths zu erholen [ccc]). Man mag um so weniger zweifeln, daß der Kaiser Karl der Fünfte durch die letztere Verordnung den Hülfsgebrauch der Römischen Rechte bestättiget habe [ddd]), als nicht allein zu der Zeit die Gerichte schon mit solchen Leuten, die der Römischen Rechte kundig, besetzet waren, sondern es auch zu den ausgemachten Wahr-

aaa) Art. 23. 30. und 67. P. G. O.

bbb) L. 9. §. 1. C. de testib. v. Simili modo sanximus, vt vnius testimonium nemo iudicum in quacunque causa facile patiatur admitti. Et nunc manifeste sancimus, vt vnius omnino testis responsio non audiatur, etiamsi praeclare curiae honore *praefulgeat.*

ccc) Art. 7. 18. 73. 91. 104. 146. 147. 150. 161. 186. und 219. P. G. O.

ddd) MEISTER *in cit. Diss. §. 38.*

Wahrheiten gehöret, daß die deutschen Kaiser sich von den ältesten Zeiten her für Nachfolger der Römischen Kaiser angesehen, und letztere sogar ihre Vorfahren am Reich genannt haben. Hieraus ist meinem Bedünken nach eben am meisten zu erklären, warum die peinliche Gerichts-Ordnung, wenn sie gleich bey dieser oder jener Vorschrift auffallend aufs Römische Recht Beziehung macht, dennoch letzteres niemahl ausdrücklich nennet, vielmehr solches lediglich unter Berufung auf die **Kaiserlichen Rechte**, auf die **Saag der Vorfahren** bestättiget [eee]); inzwischen dennoch durch den Zusatz, unsre zu erkennen giebet, daß man jene Kaiserlichen Rechte nicht sowohl für fremde, als vielmehr für solche, die den einheimischen Gesetzen völlig gleich zu achten sind, ansehen solle.

Wenn ferner die peinliche Gerichts-Ordnung insbesondere befiehlet, daß diejenigen, die einen falschen Eyd geschwohren haben, verläumdet seyn, und aller Ehren entsetzet werden sollen [fff]), so scheinet es, daß diese Verordnung auf einer dieserhalb vorhandenen ausdrücklichen Vorschrift des Canonischen Rechts eine Beziehung habe, und daraus am meisten zu erklären sey [ggg]).

Die Strafe des Feuers, welche nach der peinlichen Gerichts-Ordnung auf das falsche Münzen

eee) Art. 104. 105. 117. 118. 120. 121. 122. 126. P. G. O.

fff) Art. 107. P. G. O.

ggg) *c. 17. C. VI. q. 1. cap. 10. X. de iureiur.*

Münzen gesetzet worden [hhh]), hat auf des Kaisers Constantin ausdrückliche Vorschrift wohl eben so unstreitig eine Beziehung [iii]), als die Verordnung der peinlichen Gerichts-Ordnung, daß besonders diejenigen, die ihre Häuser zum falschen Münzen geliehen haben, solcher verlustig erkläret werden sollen [kkk]), in der Vorschrift des Römischen Rechts, nach welcher ein falscher Münzer sein ganzes Vermögen das dem Staat zufiel, verlohr, seinen Grund zu finden scheinet [lll]). Eben so hat es wohl keinen Zweifel, daß der Kaiser Karl der Fünfte bey Erwähnung der verschiedenen Arten der Münzfälschung zum wenigsten auf das Römische Recht und dessen hierunter

hhh) Art. 111. P. G. O. "Welche falsch Müntz "machen, zeygen, oder dieselbigen falsch Müntz "auff wechselt oder sunst zu sich bringt, und wie-"derumb gefehrlich und boßhafftiglich dem Nechsten "zu Nachtheil wissentlich ausgibt, die sollen nach "Gewohnheyt auch Satzung der Recht mit dem "Fewr vom Leben zum Tod gestrafft werden."

iii) *L. 2. C. de fals. monet.* v. Si quis nummos falsa fusione formauerit, vniuersas eius facultates fisco nostro praecipimus addici. In monetis etenim tantummodo nostris cudendae pecuniae studium frequentari volumus: cuius obnoxii maiestatis crimen committunt: et praemio accusatoribus proposito, quicunque solidorum adulter poterit reperiri, vel a quocunque fuerit publicatus, illico omni dilatione summota, *flammarum exustionibus mancipetur.*

kkk) Art. 111. P. G. O. "Die ire Heuser darzu "wissentlich leihen, dieselben Heuser sollen sie damit "verwürkt haben."

lll) *cit. L. 2. C. de fals. monet.*

unter gemachte nähere Vorschriften sein Augenmerk richte [mmm]), wenn gleich die unter solchen Umständen in dem Römischen Rechte beschriebene Strafe heutiges Tages nicht mehr Anwendung findet. Daß auch bey dem Erkenntniß der Todesstrafe selbst, oder bey der Anwendung der Strafe des Feuers wegen falschen Münzens vorzüglich auf die Bestimmungen des Römischen Rechts noch heutiges Tages das meiste ankomme, hat nach den Zeugnissen verschiedener Rechtslehrer um so weniger Zweifel, als nach denselben die Feuerstrafe heutiges Tages eigentlich nur sodann statt findet, wenn das Verbrechen besonders an Goldmünzen [nnn]) begangen worden [ooo]). Dagegen aber ist freylich die Vorschrift des Römischen Rechts, nach welcher das gesammte Vermögen eines falschen Münzers dem Staat, oder dem Fisco anheim fallen soll, ausser Gebrauch, indem sich solche heutiges Tages nur auf das gemünzte und bey den Verbrechern vorgefundene falsche Geld,

mmm) *L. 8. D. ad L. Cornel. de fals.* v. Quicunque nummos aureos partim raserit, partim tinxerit, vel finxerit: si quidem liberi sunt, ad bestias dari, si servi, summo supplicio affici debent.

nnn) Daß bey den Römern die Feuerstrafe wegen des falschen Münzens nur eigentlich sodann statt gefunden habe, wenn das falsche Münzen sich auf Goldmünzen bezogen, hat vermöge des Ausdrucks: *Solidorum adulter* in dem *L. 2. C. de fals. monet.* keinen Zweifel. BOEHMER *ad art. 111. CC. §. 3.*

ooo) WERNHER *P. 9. Obs. 200.* ENGAV *de fals. numm.* Struben in dem 1sten Theil der rechtl. Bedenken *n. 125.* BOEHMER *T. 3. P. 3. Dec. 871.*

Geld, wie auch auf die gebrauchten Werkzeuge lediglich einschränket [ppp]). Ob auch gleich nach der ausdrücklichen Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung das Haus, worin die falsche Münze gepräget worden, in Beziehung auf die besondere Vorschrift des Römischen Rechts [qqq]) verwirket seyn soll, so pfleget doch auch hierin der Gerichtsbrauch von den Buchstaben des Gesetzes abzugehen [rrr]), wenn gleich dawider mit gutem Grunde sehr erhebliche Einwürfe gemacht werden könnten [sss]).

Obwohl der Kaiser Karl der Fünfte, bey Bestimmung der Strafe der Blutschande, sich ausdrücklich auf die Kaiserlichen, oder welches einerley ist, auf die Römischen Rechte berufet [ttt]), so finden doch diese dabey um so weniger Anwendung, als sie eines Theils lediglich von den *incestis nuptiis*, nicht aber von andern Arten der Blutschande handeln

ppp) Reichsabschied von 1578. §. 75.

qqq) *L. 1. C. de fals. monet.*

rrr) BOEHMER *ad art. 111. CC. §. 13.*

sss) Der berühmte Herr Professor PÜTTMANN *in Aduersar. Iur. vniu. Lib. 2. cap. 9. p. 271.*

ttt) Art. 117. P. G. O. item so eyner unkeusch mit seiner Stiefftochter, mit seines Suns Eheweib, oder mit seiner Stieffmutter treibt, inn solchen und noch nähern Sipschafften soll die Straff, wie davon inn unserer Vorfarn und unseren keyserlichen geschriben Rechten gesetzt, gebraucht und derhalb bey den Rechtverstendigen Raths gepfleget werden.

deln [uuu]), andern Theils aber es sich nicht mit genugsamer Zuverlässigkeit ausmachen läßt, welche Fälle die Römer eigentlich zu dem sogenannten incestu iuris gentium, oder aber bloß zu dem incestu iuris ciuilis gerechnet haben [xxx]). Denn, einige rechnen zu den erstern bloß den Beyschlaf unter Personen von der auf- und niedersteigenden Linie [yyy]), oder überhaupt alle und jede fleischliche Vermischungen von Personen, die in gerader Linie, sowohl in der Blutsfreundschaft, als Schwägerschaft verwandt sind [zzz]); dahingegen sie den Beyschlaf unter Bruder und Schwester zu den letztern rechnen [aaaa]). Andere aber dehnen den Begrif des incestus iuris gentium viel weiter aus, und wollen nicht allein den zuletzt angeführten Fall, sondern noch viele andere Arten des Beyschlafs unter nahen Verwandten dahin gerechnet wissen [bbbb]). Bey diesen verschiedenen Erklä-

uuu) *Nouella XII. cap. 1. Authent. incestas nuptias C. de incest. nupt.*

xxx) *L. 8. de R. N. L. 38. ad L. Iul. de adulter. L. 5. de quaest. L. 6. C. de incest. nupt.* BOEHMER *ad art. 117. CC. §. 4.* und *in Obseruat. ad* CARPZOV. *q. 27. Obs. 1.*

yyy) WESTENBERG *ad Digest. Lib. 48. Tit. 5. §. 22.*

zzz) *L. 5. de condict. sine causa. L. 68. de R. N.*

aaaa) Herr Professor Heißler in der Abhandl. von der Verjährung der Blutschande und übrigen fleischlichen Vermischungen in verbothenen Graden, Halle 1778.

bbbb) MATTHAEI *de crimin. Lib. 48. Tit. 5. c. 6. §. 3.*

Erklärungen und Meynungen ist es wohl nicht zu bewundern, daß der Gerichtsbrauch an den meisten Oertern bey der Bestimmung der Strafe der Blutschande bisher diejenigen Grundsätze, die vom Carpzov [cccc]) in Gemäßheit der Sächsischen Rechte angenommen worden, beybehalten habe. Weil inzwischen der Kaiser Karl der Fünfte, bey der Strafe der Blutschande sich ausdrücklich auf das Römische oder Kaiserliche Recht beziehet, so behaupten daher die neueren Rechtslehrer [dddd]) nicht ohne Grund, daß keine Art der Blutschande, selbst nicht einmahl die unter leiblichen Eltern und Kindern begangene, wenn damit kein anderes Capital-Verbrechen verbunden wäre, mit dem Tode bestrafet werden könne [eeee]), vielmehr ein solcher Fall, Inhalts des Römischen Rechts, nach dem Unterschied des Standes [ffff]), mit dem Staubbesem oder der ewigen Landesverweisung [gggg]) beleget, die Blutschande aber sowohl unter

§. 3. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 72. *Obs.* 1. BROOWER *de iur. connub. Lib.* 2. *c.* 17. §. 7.

cccc) CARPZOV. *P.* 4. *Const.* 22—24. und *in Pract. Rer. Crimin. q.* 71—74.

dddd) Der berühmte Herr Hofrath Meister in dem ersten Theil der rechtl. Erkenntnisse in peinl. Fällen *Dec.* 2. *n.* 9. 10. und *Dec.* 15. *n.* 3.

eeee) *Arg. L.* 14. 15. und 39. *de LL.* Art. 104. P. G. O.

ffff) *Nouella XII. cap.* 1. und *Authent. incestas nuptias C. de incest. nupt.*

gggg) Herr geheimer Regierungsrath HELLFELD *in annotat. ad* ENGAVII *Element. Iur. Crimin.*

unter Verwandten, die sich nach göttlichen Rechten in einem indispensablen Grad der Blutsfreundschaft, oder Schwägerschaft befinden, als sonst eine jede andere Art der fleischlichen Vermischung im verbothenen Grade meistentheils nach richterlichen Ermessen bestrafet werden müsse [hhhh].

So wenigen Zweifel es auch nach dem Buchstaben des Gesetzes haben kann, daß die Strafe einer Entführung am meisten nach den Grundsätzen des Römischen Rechts [iiii]) zu bestimmen sey [kkkk]), so unterschieden sind gleichwohl die Rechts-

Crimin. §. 259. Meister a. O. Dec. 15. n. 8. Herr Hofrath Schmidt in den öffentlichen Rechtssprüchen im fünften Abschnitt n. 115. Nach den Erkenntnissen anderer Rechtsstühle hat man inzwischen den Vater, der mit seiner leiblichen Tochter Blutschande getrieben hatte, auf Lebenszeit, die Tochter aber auf zehen Jahre, zum Zuchthause verurtheilet, s. Carrach in den rechtl. Urtheilen und Gutachten in peinlichen Sachen n. 90. Ueberhaupt wollen viele Rechtslehrer bey der Bestrafung der Blutschande unter Eltern und Kindern wegen des höheren Grads der Sittlichkeit der Handlung unterschieden, und letztere der Regel nach gelinder bestrafet wissen. CARPZOV. q. 72. n. 47. MENOCH de A. I. Q. L. 2. Cent. 4. Cas. 304. Herr Hofrath HOMMEL in Rapsod. Quaest. Obs. 227.

hhhh) BERGER in Oeconom. Iur. Lib. 3. Tit. 11. Th. 7. n. 3. KRESS ad art. 117. CC. Meister a. O. Dec. 24.

iiii) L. vn. C. de Rapt. virg. L. 5. §. 1. ad L. Iul. de vi publ.

kkkk) Art. 118. P. G. O. "Item so eyner jemandt "sein

Rechtslehrer in ihren Meynungen bey der Beantwortung der Frage: Ob dasjenige, was das Römische Recht insbesondere von den Gehülfen und Theilnehmern, imgleichen von dem Verlust des Vermögens und des Erbrechts einer mit ihrem Willen Entführten vorschreibet, noch heutiges Tages in Anwendung zu bringen? Ob nun zwar es meinem Bedünken nach keinen Zweifel haben kann, daß es in Absicht der Gehülfen und Theilnehmer bey den allgemeinen Grundsätzen von gemeinschaftlichen Verbrechen und Förderung der Missethaten das Bewenden behalte llll), da der Kaiser Karl der Fünfte bey der Bestimmung der Strafe der Entführung lediglich des Thäters Erwähnung thut; so scheinet gleichwohl die Meynung derjenigen Rechtslehrer, daß die Vorschrift der Römischen Rechte mmmm), vermöge deren die Güther des Entführers der entführten Person, oder, wenn sie eingewilliget hat, ihrem Vater, und in dessen Ermangelung dem Fisco, zufallen, annoch

"sein Eheweib, oder eyn unverlaumbte Jungfrawen
"wider des Ehemans oder des ehelichen Vatters
"willen eyner unehelicher weiß entfüret, darumb
"mag der Eheman oder Vatter, unangesehen ob
"die Ehefraw oder Jungfraw iren willen dazu gibt,
"peinlich klagen und soll der Thätter, nach Sa-
"tzung unser Vorfarn und unsern Kayserlichen Rech-
"ten darumb gestrafft, und deshalb bey den Recht-
"verstendigen Raths gebraucht werden."

llll) Herr Vicekanzler KOCH *in Instit. Iur. Crimin.* §. *366.* Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 514.

mmmm) *L. vn. C. de Rapt. virg. Nouella 123. c. 43. Nouella 150.*

annoch heutiges Tages statt finde nnnn), wegen der allgemeinen Aufnahme des Römischen Rechts allerdings, und wenigstens in dem Fall, wenn es zu einer zwischen dem Entführer und der Entführten heutiges Tages erlaubten Heyrath nicht kommen sollte, gegründet zu seyn. Und dies um so mehr, da die neueren Rechte eigentlich nur diejenige Art der Einziehung des Vermögens, die zum besten des Fiscus ehedem geschahe, und eine gewöhnliche Folge der Todesstrafe war, aufgehoben haben oooo); dahingegen sie diejenige, die zur Genugthuung des beleidigten Theils geschiehet, vielmehr zu bestättigen scheinen pppp). Indessen weichet der Gerichtsbrauch hievon ab, und dehnet das allgemeine Verboth der Einziehung des Vermögens wegen des odii confiscationis bonorum gewöhnlich weiter aus, als es eigentlich den Gesetzen nach billig seyn sollte qqqq). Wie es denn auch an neueren Beyspielen, da Inhalts der Römischen Rechte auf den Verlust des Vermögens eines Entführers würklich wäre erkannt worden, gänzlich ermangelt.

nnnn) HELLFELD *ad* ENGAV *§. 245.* KOCH *c. l. 365.*

oooo) Art. 218. P. G. O.

pppp) KOCH *c. l. §. 140. n. 3.* BOEHMER *ad art. 118. CC. §. 9.* WERNH. *P. 4. Obs. 97.* s. auch besonders von dieser Materie die gelehrte Abhandlung unsers Herrn Professors von Löwenstern *de bonorum publicatione in suppliciorum consequentiam nemesi Carolina sublata. Buetz. 1776.*

qqqq) BOEHMER *ad art. 118. CC. §. 9.*

Der Artikel 120. der peinlichen Gerichts-Ordnung, welcher vom Ehebruch handelt, hat theils auf die Grundsätze des Canonischen, theils des Römischen Rechts eine ungezweifelte Beziehung. Denn, vermöge der letztern wurde es für keinen eigentlichen Ehebruch, sondern nur für ein blosses Stuprum, angesehen, wenn ein Ehemann mit einer ledigen Frauensperson Unzucht getrieben hatte [rrrr]), weil es nämlich sodann an einer violatione thori alieni, worauf nach den Grundsätzen der Römer bey einem Ehebruch das meiste ankam [ssss]), ermangelte. Weil aber dieser Begrif des Ehebruchs von den Kirchenvätern vermöge verschiedener Stellen des neuen Testaments [tttt]) verworfen, und an dessen Stelle der Ehebruch überhaupt in dem Bruch, oder in der Verletzung der ehelichen Treue durch den Beyschlaf gesetzet wurde [uuuu]), so ist daraus der

rrrr) L. 6. §. 1. L. 34. D. und *L. 18. C. ad L. Iul. de adulter. L. 225. de Verb. Sign.*

ssss) BOEHMER *ad art. 120. CC. §. 1.* Herr Professor von Löwenstern von dem Begrif des Ehebruchs nach dem Römischen, deutschen und Mecklenburgschen Rechten, s. die gelehrten Beyträge zu den Mecklenb. Schwerinschen Intelligenz-Nachrichten vom Jahr 1772. in dem 9ten bis zum 21sten Stück.

tttt) Matth. *XIX.* 8. 19. 1 Corinth. *VII.* 2.

uuuu) c. 15. Caus. XXXII. q. 5. v. non moechaberis) id est, ne quisquam praeter matrimonii sui foedera aliis foeminis misceatur ad explendam libidinem. *Nam specialiter adulterium facit, qui praeter suam ad alteram accedit. add. cap. 4. X. de eo qui cognov.*

der Nachsatz in dem Art. 120. P. G. O. "Item das es auch gleicher weiß inn dem Fall, "so eyn Ehweib jren Mann, oder die Person, "damit der Ehbruch volnbracht hett, be- "klagen will, gehalten werden soll„ ohne Zwang zu erklären. Ohngeachtet dieser Verschiedenheit der Begriffe des Ehebruchs nach dem Römischen Recht und der peinlichen Gerichts-Ordnung, befiehlet gleichwohl der Kaiser Karl der Fünfte, daß ein Ehebrecher, oder eine Ehebrecherin nach den Kaiserlichen, oder welches einerley ist, nach den Römischen Rechten, gestrafet werden sollen xxxx). Hieraus würde nun schon an und für sich die Verlegenheit der Ausleger bey einer richtigen Bestimmung der Strafe des Ehebruchs erkläret werden können yyyy), wenn nicht noch überdieß die Anwendung der Strafe selbst, welche das neuere Römische Recht auf den Ehebruch setzet, wenigstens im allgemeinen mit einiger Schwierigkeit verbunden wäre. Denn, wenn gleich der Kaiser Justinian zzzz) in Absicht des Ehebrechers nach dem Römischen Begrif die Todesstrafe Inhalts der bereits vorhandenen Vorschrift des

xxxx) Art. 120. "Item so eyn Ehman eynen an- "dern umb des Ehbruchs willen, den er mit seinem "Ehweib verbracht hat, peinlich beklagt und des "überwindet, der selbig Ehbrecher sampt der Ehbre- "cherinn sollen nach sage unser Vorfarn, und "unser Keyserlichen Rechten gestrafft wer- "den.„

yyyy) HOFFMANN *de dissensu Iurium in puniendo adulterii crimine. Francofurti 1727.*

zzzz) *Nouella 134. cap. 10.*

Kaisers Constantin aaaaa), bestättiget, so bestimmet er doch der Ehebrecherin lediglich das Kloster, und räumet dabey dem beleidigten Ehegatten innerhalb zweyer Jahre die Befugniß ein, seine ehebrecherische Ehefrau daraus wieder erlösen zu können. Den Fall aber, da ein Ehemann mit einer ledigen Frauensperson Unzucht treibet, hält das Römische Recht angeführtermassen für ein blosses Stuprum, und kann daher keine Frage von der Anwendung der eigentlichen Strafe des Ehebruchs dabey vorkommen. Da nun solchergestalt die Römischen Rechte nur höchstens in dem einzigen Fall der Unzucht mit eines andern Ehefrau anzuwenden sind, das Kloster aber bey den Protestanten wenigstens für keine Strafe, vielmehr häufig für eine Wohlthat gehalten zu werden pfleget, so ist hieraus die Verschiedenheit in den Meynungen der Rechtslehrer, wegen der Strafe des Ehebruchs, ohne besondere Schwierigkeit zu erklären. Denn, wie einige, besonders ältere Rechtslehrer, in dem gedoppelten Ehebruch, und wann von einer ledigen Mannsperson mit einer verheiratheten Frauensperson Unzucht getrieben worden, den Ehebrecher mit dem Schwerdt, die Ehebrecherin aber mit dem Staubbesem, oder nach anderer Meynung, mit der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf ein, zwey oder drey Jahre bestrafet ccccc), dann

aaaaa) *L. 30. §. 1. C. ad L. Iul. de adulter.*

bbbbb) CARPZOV. *q. 53. n. 54.*

ccccc) Carrach a. O. *n.* 83. 85. und 88.

dann aber wenn ein Ehemann mit einer ledigen Frauensperson Unzucht getrieben hat, jenen am Leibe, diese aber mit der Landesverweisung beleget wissen wollen [ddddd]), so behaupten doch andere, daß auf die Todesstrafe überhaupt nur sodann erkannt werden könne, wenn die Wiederholung die That schwerer machte, oder auch mit dem Ehebruch eine Blutschande verbunden wäre [eeeee]). Neuere berühmte Rechtslehrer wollen dagegen bey der Verschiedenheit des Begrifs vom Ehebruch, des Römischen und der heutigen Rechte, die Todesstrafe bey keiner Art des Ehebruchs ferner erkannt wissen [fffff]), wenn damit gleich eine Blutschande verbunden wäre, woferne nicht ein anderes unläugbar mit dem Tode zu bestrafendes Verbrechen damit zusammenstiesse [ggggg]). Nach dem Zeugniß dieser Rechtslehrer ist daher sowohl der gedoppelte Ehebruch, als die Unzucht einer ledigen Mannsperson mit einer verheiratheten Frauensperson, nach richterlichem Ermessen,

 und

ddddd) WERNHER *P. 10. Obs. 450.* will in dem bemerkten Fall dem Ehebrecher die Strafe des Staubbesems zuerkannt wissen.

eeeee) COLER *Dec. 172. n. 14.* BESOLD *Cons. 176. n. 2.* und *Cons. 215. n. 4.* HARPRECHT *Dec. 53. n. 16.*

fffff) SCHWEDER *in Coll. nou. Consil. Tubing. Vol. 6. Cons. 89. n. 13. 14. 15.* CRAMER *in Obseruat. Iur. vniu. Tom. 3. Obs. 894.* und *Obs. 979.*, wie auch *Tom. 4. Obs. 1164.*

ggggg) SCHORCH *Sentent. 340. n. 10.* HEINECC. *in Element. Iur. German. Lib. 2. §. 147.*

und den Umständen nach, mit Gefängniß, Geldbusse, zeitlicher Landesverweisung, oder gar mit der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten [hhhhh]); die Unzucht einer verheiratheten Mannsperson mit einer ledigen Frauensperson aber, nach den Grundsätzen einer gemeinen Schändung, und daher gewöhnlich mit einer Geldbusse, zu bestrafen, oder wenigstens die Strafe einer gemeinen Schändung nur in etwas zu schärfen [iiiii]). Ob und in wiefern die Vorschriften des Römischen Rechts, in Ansehung der Privatrache des Ehemannes, des Verlustes des Brautschatzes und anderer dem durch den begangenen Ehebruch beleidigten Ehegatten gebührenden Vortheile, heutiges Tages in Anwendung zu bringen stehen, davon habe ich an einem andern Ort, auf welchen ich mich der Kürze halben beziehe, zur Genüge gehandelt [kkkkk]).

Wenn der Kaiser Karl der Fünfte das Laster der zwiefachen Ehe ausdrücklich für ein grösseres Verbrechen, als den Ehebruch erkläret, auch jenes nicht weniger, als dieses, peinlich bestrafet wissen will [lllll]), so ist der Grund davon nicht sowohl

hhhhh) CRAMER *c. c. l. l.* HARPRECHT *c. l.*

iiiii) Meister in den rechtl. Erkenntnissen in peinl. Fällen im 2ten Theil *Dec. 69. n. 53.* s. auch was den damit übereinstimmenden Gerichtsbrauch in Mecklenburg anbelanget *Select. Iurid. Rostoch. Fascic. 5. Spec. 7. 8. q. 3. Ius Mecklenb. et Lubec. illustrat. Cent. 4. Iud. 54.*

kkkkk) Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 460—462.

lllll) Art. 121. P. G. O.

wohl in der unstreitig grösseren Sittlichkeit der Handlung, als vielmehr in dem Katholischen Lehrbegrif, nach welchem eine vollzogene Ehe für ein Sacrament mmmmm), und daher die Verletzung desselben für grösser, als ein blosser Ehebruch gehalten wird, anzutreffen. Obzwar aus dem ganzen Zusammenhange des 121sten Artikels der peinlichen Gerichts-Ordnung zu erhellen scheinet, daß das Laster der zwiefachen Ehe mit dem Tode zu bestrafen sey nnnnn), so gehet gleichwohl der Gerichtsbrauch hievon ab ooooo), womit auch die Bambergische Halsgerichts-Ordnung ppppp) übereinstimmet qqqqq). Man pfle-

 get

mmmmm) I. H. BOEHMER *Inst. Iur. Canon. Lib. 3. Tit. 41. §. 8.*

nnnnn) "Item so eyn Ehmann eyn ander Weib, oder "eyn Eheweib eyn andern Mann, inn gestalt der "heyligen Ehe bei Leben der ersten Ehgesellen nimpt, "welliche übelthat dann auch eyn Ehbruch "und grösser dann dasselbig Laster ist, und "wiewol die Keyserlichen Recht auff sollich "übelthat keyn Straff am Leben setzen: so "wollen wir doch welcher solchs Lasters be- "trüglicher weiß mit wissen und willen Ur- "sach gibt und vollbringet, das die nit weni- "ger, dann die Ehbrüchigen peinlich gestrafft "werden sollen.„

ooooo) GRANTZ *P. 2. c. 8. membr. 2. n. 168.* Carrach a. O. *n. 89.*

ppppp) Art. 146. in den Worten: "Dieweil aber die "Keiserlichen Recht deshalb kein Todtstraff setzen, "so wil uns nit gezyimmen darauff ein Todt- "straff zu ordnen.

qqqqq) Gonne von dem Unterschiede der Carolinischen

get daher an den mehresten Oertern in Deutschland das Laster der zwiefachen Ehe, in Gemäßheit der Römischen Rechte, lediglich nach den Grundsätzen des Ehebruchs, gewöhnlich aber mit der Verurtheilung zu öffentlichen Arbeiten auf einige Jahre rrrrr), und bey dem Mangel irgend einiger Milderungs-Gründe, welcher Fall inzwischen selten vorkommen kann, sogar mit der Leistung öffentlicher Arbeiten auf Lebenszeit zu bestrafen sssss).

Es ist zwar nicht zu bezweifeln, daß der Kaiser Karl der Fünfte bey Bestimmung der Strafe derjenigen, die ihre Eheweiber oder Kinder um Genusses willen zur Unkeuschheit gebrauchen lassen, auf das Justinianeische Recht sein Augenmerk richte ttttt). Da inzwischen der Kaiser Justinian uuuuu) eines theils vornehmlich den Fall,

linischen und Brandenburgischen auch Bambergischen Halsgerichts-Ordnung in Bestrafung der zwiefachen Ehe, s. des berühmten Herrn Professor Schotts juristisches Wochenblatt 1. B. S. 513. u. s. f.

rrrrr) BOEHMER *ad art.* 121. CC. §. 5. Herr Hofrath Eisenhart in dem 5ten Theil der Rechtshändel *n.* 18.

sssss) Eisenhart a. O. s. den 9ten Theil *n.* 17.

ttttt) Art. 122. P. G. O. "Item, so jemandt sein "Ehweib oder Kinder, umb eynicherley genieß wil-"len, wie der Namen hett, willigklich unehelichen "zu unkeuschen und schendtlichen Werken gebrau-"chen lest, der ist Ehrloß, und soll nach Vermö-"ge gemeyner Rechten gestrafft werden."

uuuuu) *Nouella* 14.

Fall, da junge Mädchen wider ihren Willen zur Treibung der Unzucht gezwungen worden, voraussetzet, andern theils aber es nicht völlig ausser Streit ist, ob er durch den Ausdruck, *nouissima supplicia* gerade die Todesstrafe bestättige, so pfleget der Gerichtsbrauch den Fall, da Ehegatten sich unter einander zur Unzucht verleitet haben, nach den Grundsätzen des Ehebruchs, eine jede andere Art solcher Verleitung aber, nach der Grösse des Vorsatzes und anderen beschwerenden Umständen, mit der Verurtheilung zum Zuchthause auf ein, oder mehrere Jahre, oder mit Gefängniß zu bestrafen [xxxxx]).

So wenig es, angeführter massen, gegründeten Zweifel haben kann, daß in dem 126sten Artikel der peinlichen Gerichts-Ordnung der Begrif eines Räubers nach den deutschen Gewohnheiten angenommen worden [yyyyy]), so sehr ergiebet es doch der Augenschein, daß der Kaiser Karl der Fünfte die Strafe desselben, nach den Vorschriften der Römischen Rechte [zzzzz]), in Ermange-

xxxxx) Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 521.

yyyyy) S. diese Beyträge im 1sten Stück *n. VII.* von den vorzüglichsten alten deutschen Gewohnheiten, auf welche in der peinlichen Gerichts-Ordnung Beziehung gemacht wird, und von deren heutigen Anwendung.

zzzzz) *L. 28. §. 10. D. de poen.* v. Grassatores, qui praedae caussa id faciunt, proximi latronibus habentur et si cum ferro adgredi, et spoliare instituerunt, capite puniuntur.

mangelung besonderer Gewohnheiten, lediglich bestimmet wissen wolle [aaaaaa]).

Wenn der Kaiser Karl der Fünfte befiehlet, daß das Vermögen eines Selbstmörders nur sodann für verwirket angesehen werden, oder dem Fisco anheim fallen solle, wann das Verbrechen, dessen jener bereits überwiesen worden, von der Beschaffenheit gewesen, daß damit der Verlust des Vermögens an und für sich verbunden ist, in allen übrigen Fällen aber den rechtmässigen Erben das denselben zuständige Erbrecht bestättiget [bbbbbb]), so ist es unstreitig, daß hiemit auf das Römische Recht, dessen der Kaiser auch sogar dabey ausdrücklich erwähnet, gesehen werde [cccccc]). Dagegen aber können, bey dem Mangel besonderer Gesetze, die Vorschriften des Römischen Rechts, nach welchen schon ein versuchter Selbstmord bey den Soldaten am Leben zu bestrafen war [dddddd]), die letzten Willen und Schenkungen der Selbstmörder schlechterdings und unter keinen Umstän-

den

aaaaaa) Art. 126. P. G. O. "Item eyn jeder boßhafftiger überwundener Rauber, soll nach Vermög unser Vorfarn, und unserer gemeyner Keyserlichen Rechten, mit dem Schwert, oder wie an jedem Ortt in disen Fällen mit gutter Gewonheyt herkommen ist, doch am Leben, gestrafft werden."

bbbbbb) Art. 135. P. G. O.

cccccc) L. 3. pr. und *§. 2.* und *6. D. de bon. eor. qui ante sentent. L. 1.* und *2. C. de bon. eor. qui mort. sibi consciu. L. 45. §. 2. de iur. fisci. L. 6. §. 7. de iniust. rupt. irrit. testament.*

dddddd) L. 38. §. 12. de poen. L. 6. §. 7. de re milit.

den für gültig oder rechtsbeständig angesehen wurden [eeeeee]), und ein Selbstmörder der sich aus bösen Gewissen entleibet hatte, nicht betrauret werden durfte [ffffff]), heutiges Tages nicht füglich zur Anwendung kommen [gggggg]).

Die besondere Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung, nach welcher das Halten beissender Thiere ausdrücklich verbothen seyn, und bey erfolgtem Schaden, der Herr des Thiers den Umständen nach bestrafet werden soll [hhhhhh]), scheinet auf eine besondere Verordnung der Römischen Aedilen eine Beziehung zu haben, nach welcher, wenn ein freyer Mensch durch ein solches beissendes Thier getödtet worden war, ausser der öffentlichen Bestrafung, zwey hundert Gülden bezahlet werden mußten, bey dem Mangel der Tödtung aber nach richterlichen Ermessen die Vergütung bestimmet wurde [iiiiii]).

Da

eeeeee) *L. 6. §. 7. de iniust. rupt. irrit. testament. L. 32. §. 7. de donat. inter Virum et uxorem.*

ffffff) *L. 11. §. 3. de his qui not. infam.* v. non solent autem lugeri, vt Neratius ait, hostes vel perduellionis damnati: nec suspendiosi: *nec qui manus sibi intulerunt, non taedio vitae, sed mala conscientia.*

gggggg) Von demjenigen, was die Römischen Rechte ferner von Selbstmorde mehreres enthalten, s. des Herrn Professor Winklers gelehrte *Commentation de mortis voluntariae prohibitione ac poenis. Lips. 1775.*

hhhhhh) Art. 136. P. G. O.

iiiiii) BOEHMER *ad art. 136. CC. §. 3.*

Da nach dem Römischen Rechte auch diejenigen als eigentliche Todtschläger angesehen und bestrafet wurden, die zwar nur die Absicht hatten, jemanden am Leibe zu beschädigen, indessen wider ihr eigentliches Vorhaben einen Todtschlag begingen [kkkkkk]), so ist nicht allein der bey allen Gerichten heutiges Tages angenommene Grundsatz, daß dem Todtschläger die Entschuldigung des nur gehabten animi occidendi indirecti, zu seiner Befreyung von der Lebensstrafe nichts helfen könne, daher zu erklären [llllll]), sondern es zielet auch unstreitig die peinliche Gerichts-Ordnung besonders aufs Römische Recht, wenn sie einen solchen, der einen Todtschlag aus Jäheit und Zorn gethan, mit dem Schwerdt, einen vorsätzlichen muthwilligen Mörder aber mit dem Rade vom Leben zum Tode zu bringen, befiehlet [mmmmmm]), obgleich der angenommene Unterschied unter eigentlichen Mördern und Todtschlägern selbst, angezo-

kkkkkk) *L. 1. §. 3. L. 3. §. 4. L. 15. D. ad L. Cornel. de Sicar.*

llllll) Der berühmte Herr geheimer Rath Nettelbladt *de homicidio ex intent. indirecta commisso. Halae 1756.* BRÜCKNER *in Progr. an homicidium absque animo necandi sit capitale et unde is animus probetur occas. L. 14. D. ad L. Cornel de Sicar.*

mmmmmm) Art. 137. P. G. O. "Und also das der "gewonheyt nach eyn fürsetzlicher mutwilliger Mör-"der mit dem Radt, und eyn ander der eyn "Todtschlag, oder aus gecheyt unn Zorn ge-"than, unn sonst auch gemelte entschuldigung nit "hat, mit dem Schwerd vom Leben zum Todt ge-"strafft werden sollen."

angezogener massen, lediglich deutschen Ursprunges ist nnnnnn). Daß inzwischen der Todtschlag nach bewiesenem animo occidendi indirecto heutiges Tages schlechterdings mit dem Schwerdte zu bestrafen sey, und daß der neuere Gerichtsbrauch damit ebenfals völlig übereinstimme, zeigen angesehene Rechtslehrer durch besondere Beyspiele oooooo).

Es ist nicht unwahrscheinlich, daß Kaiser Karl der Fünfte, wenn er einen Todtschläger, der lediglich zu Rettung seines Leibes und Lebens jemand entleibet hat, entschuldiget, oder ihn von aller Strafe zu befreyen befiehlet pppppp), neben demjenigen, was hierunter schon natürlichen rechtens ist, besonders auch auf das Römische Recht, welches hierunter eben dasselbe vorschreibet qqqqqq) gesehen, und solches bestättiget habe.

Wenn die peinliche Gerichts-Ordnung die Nothwehr besonders zur Vertheidigung der Güther erlaubet, auch einen solchen Todtschlag, da ein

nnnnnn) Diese Beyträge im 1sten Stück *n. VII.*

oooooo) Herr Hofrath Schmidt in den öffentlichen Rechtssprüchen. Jena 1777. im 5ten Abschnitt *n. III.* und Herr Professor PUTTMANN *in Aduersar. Iur. vniuersi Lib. 2. cap. 33. Lips. 1778.*

pppppp) Art. 139. und 140. P. G. O.

qqqqqq) *L. 2. C. ad Leg. Cornel. de Sicar.* is qui aggressorem vel quemcunque alium in dubio vitae discrimine constitutus occiderit, nullum ob id factum calumniam metuere debet. *L. 3. C. eod.* Si quis percussorem ad se venientem gladio repulerit: non vt homicida tenetur: quia defensor propriae salutis in nullo peccasse videtur.

ein Vater, der seine Tochter, und ein Ehemann, der sein Eheweib bey unkeuschen Werken findet, und den Beleidiger erschläget, entschuldiget [rrrrrr]), so ist sowohl ersteres [ssssss]), als letzteres [tttttt]) am meisten aus dem Römischen Rechte zu erklären. Obwohl inzwischen das Römische Recht bey der Tödtung eines Diebes unter einem Diebstahl bey Tage, und einem bey Nacht genau unterschied, und bey jenem zugleich die Lebensgefahr erfoderte [uuuuuu]), so kommt es gleichwohl bey der Beurtheilung der Rechtmässigkeit eines solchen Todtschlages heutiges Tages lediglich darauf an, ob der Besitz der Güther, die der Gefahr, entwandt zu werden, ausgesetzet waren, auf anderweitige Weise, als durch Tödtung des Diebes zu erhalten stand, oder nicht [xxxxxx]). Die Unterschiede, welche das Römische Recht bey der Tödtung der Ehebrecher unter dem Vater und Ehemann, imgleichen unter einem Ehebrecher vom vornehmen und geringerem Stande annimmt, finden heutiges

rrrrrr) Art. 140. und 150. P. G. O.

ssssss) *L. 4. §. 1. L. 5. pr. ad D. ad L. Aquil. L. 9. ad L. Cornel. de Sicar. L. 1. C. vnde vi.*

tttttt) *L. 20. L. 22. §. 2.* und *4. L. 23. §. 2.* und *4. L. 24. pr.* und *§. 1. D. ad L. Iul. de adulter. Nouella 117. c. 15.*

uuuuuu) *L. 54. §. 2. de furt. L. 4. §. 1. L. 5. pr. D. ad Leg. Aquil. L. 9. ad L. Cornel. de Sicar.*

xxxxxx) *Arg.* Art. 140. und 150. P. G. O. Herr geheimer Regierungsrath Hellfeld *Diss. de defensione rerum violenta. Ien. 1768.* Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 243.

ges Tages um so weniger einige Anwendung yyyyyy), als es bey dem eben beschriebenen Todtschlage am meisten darauf ankommt, ob der Todtschläger die Entleibung zu der Zeit vollbracht habe, als er seine Tochter, oder Ehefrau im Ehebruch würklich betraf, und ihm daher ein solcher Stand heftiger Leidenschaften, welcher die Ueberlegung verhinderte, zur Entschuldigung gereiche, oder nicht zzzzzz).

Die peinliche Gerichts-Ordnung will, daß ein Dieb, der bey der That nicht betreten worden, und den Diebstahl zum ersten Mahl ohne besonders beschwehrende Umstände begangen hat, im Fall er dazu im Stande ist, dem Beschädigten seinen Verlust zwiefach ersetzen, derjenige aber, der bey dem Diebstahl betroffen worden, sodann, wenn bey ihm Besserung zu vermuthen, und

yyyyyy) Herr Professor PÜTTMANN *Adversar. Iur. univ. Lib. 1. c. 2. p. 36.* LEYSER *Spec. 578.*

zzzzzz) Art. 142. P. G. O. "So eyner eynen unkeuscher Werk halben bei seinem Ehelichen Weib, "Töchter oder andern bösen sträfflichen übelthaten "fünde.„ Die Bambergsche Halsgerichts-Ordnung Art. 145. "Item begriff auch der Eemann "den Eebrecher an dem Eebruch, oder aber so eyn "Eemann eynen andern sein Behausung und ge"meinschafft mit seinem Eeweib wissentlich verbotten "hat, betritt dar über denselben in solcher Ueberfa"rung, und schlecht jn aus hitzigem Gemüt darob zu "Tod, oder auch die Eebrecherin, die peinlich straff "wirt umb seins billichen schmertzen halb übersehen.„ Ein gleiches verordnet das Project der peinlichen Gerichts-Ordnung von 1521. s. Herr Vicekanzler Koch *in Instit. Iur Crimin.* §. 320.

und es an sonstigen beschwehrenden Umständen ermangelte, den Diebstahl dem Bestohlnen vierfältig bezahlen solle [aaaaaaa]). Es ist wohl ausgemacht, daß der Kaiser bey dem angenommenen Unterschiede, ob der Dieb, ehe er in seine Gewahrsam gekommen, bey dem Diebstahl betreten worden sey, oder nicht, auf die Römische Distinction inter furtum manifestum et non manifestum gesehen habe [bbbbbbb]), und eben sowenig kann es gegründetem Zweifel unterworfen seyn, daß die dem Diebe nach dem angeregten Unterschiede aufgelegete Verbindlichkeit, den zwiefachen, oder vierfachen Werth zu ersetzen, vorzüglich durch die hierunter ebenfals vorhandene ausdrückliche Vorschrift der Römischen Rechte [ccccccc]) veranlasset worden sey. Obwohl es bey dem Mangel besonderer Landesgesetze bey dem Buchstaben der peinlichen Gerichts-Ordnung billig das Bewenden behalten müßte [ddddddd]), so ist es gleichwohl unstreitig, daß nach dem heutigen Gerichtsbrauch bey einem zum ersten Mahle begangenen Diebstahl sowenig

aaaaaaa) Art. 157. und 158. P. G. O.

bbbbbbb) §. 3. *Inst. de obl. quae ex delict. L.* 2. *D. L.* 3. *pr.* und §. 1. *L.* 4. *L.* 5. *L.* 7. §. 1. *L.* 8. *D. de furt.*

ccccccc) §. 5. *Inst. de obl. quae ex delict.* v. poena manifesti furti quadrupli est, tam ex serui, quam ex liberi persona: nec manifesti, dupli.

ddddddd) THOMAS. *de act. poenal. Iur. Roman. vsu in foris german.* KAESTNER *de vsu actionum poenal. in duplum et quadruplum in foris german. Lips.* 1736. GRASS. *Coll. Iur. Rom. cum Recess. Imper. p.* 682.

sowenig auf die Umstände, ob der Dieb bey der That betreten worden, oder nicht, gesehen, als nach diesem Unterschiede auf die Ersetzung des Zwiefachen, oder Vierfachen weiter erkannt werde [eeeeeee]).

Wenn es gleich nicht eben scheinbar ist, daß Kaiser Karl der Fünfte [fffffff]) bey dem Verboth des Verfahrens von Amtswegen, in dem Fall, da ein nächster Erbe einen Diebstahl begehen würde, auf die Lehre des Römischen Rechts von der expilata hereditate gesehen habe [ggggggg]), so ist es gleichwohl nicht ganz unwahrscheinlich, daß die besondere und ausdrückliche Verordnung der peinlichen Gerichts-Ordnung, nach welcher ein Mann und Frau von Amtswegen nicht in Untersuchung gezogen und bestrafet werden soll, aus dem Römischen Rechte [hhhhhhh]) entstanden sey, zumahl die älteren deutschen Gesetze von einer völligen Gemeinschaft der Güther unter Ehegatten, die heutiges Tages in so vielen Oertern gleichwohl angenommen und eingeführet worden, und worin man sonst vielleicht den Grund von der Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung zu finden glau-

M 2 ben

eeeeeee) BOEHMER *ad art. 158. CC. §. 2.* Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 360.

fffffff) Art. 165. P. G. O.

ggggggg) BOEHMER *ad art. 165. CC. §. 1.*

hhhhhhh) *L. 5. D. expilatae hereditatis.* v. vxor expilatae hereditatis crimine idcirco non accusatur, quia nec furti cum ea agitur.

ben mögte, nichts gewußt haben [iiiiii]). Der Gerichtsbrauch stimmet auch noch heutiges Tages mit der peinlichen Gerichts-Ordnung darin überein, daß wider Ehegatten, die unter einander Diebstähle begangen, oder wider solche, die des Bestohlnen nächste Erben sind, von Amtswegen nicht verfahren, vielmehr sogar auf erhobene Klage nicht sowohl die gemeinen Grundsätze von Diebstählen angewandt, als vielmehr eine gelindere Strafe erkannt zu werden pfleget [kkkkkkk]).

Wegen des Holzdiebstahls bestättiget der Kaiser Karl der Fünfte [llllll]) eben denselben Unterschied, nämlich unter dem heimlichen Hinwegführen eines andern gehauenen Holzes, und unter dem heimlichen und verbothenen Hauen selbst, ein Unterscheid, welchen auch das Römische Recht [mmmmmmmm]) annimmt; allein, in Absicht der in dem letzteren Fall bestimmten Strafe weicht die peinliche Gerichts-Ordnung von dem Römischen Rechte gar sehr ab, indem jene sodann die Strafe

iiiiii) Der verdiente Herr Hofrath von Selchow in den *Elementis Iur. German. priuati* §. 471.

kkkkkkk) Die Abhandl. *n. II.* in diesem 3ten Stück meiner Beyträge.

llllll) Art. 168. P. G. O. "Item so jemand sein "gehawen Holtz dem andern heymlich hinweg füret, "das ist eynem Diebstal gleich nach gestalt der Sa"chen zu straffen. Welcher aber in eyns andern "Holtz helicher und verbottener weiß hawet, der soll "gestrafft werden nach gewonheyt jedes Landts oder "Orts.„

mmmmmmmm) *L. 2.* und *L. 8. D. de arbor. furtim caesar.*

Strafe nach der Gewohnheit eines jeden Landes und Orts bestimmet, dieses aber unter gewissen Umständen sogar die Strafe der eigentlichen Latronum erkannt wissen will [nnnnnnn]).

Die verschiedenen Fälle, unter welchen ein eigentliches Sacrilegium, oder ein Diebstahl an geweiheten Dingen, oder Stätten, statt finden kann, die Kaiser Karl der Fünfte ausdrücklich anführet und bestättiget [ooooooo]), haben unstreitig in dem Canonischen Rechte ihren Ursprung [ppppppp]). Eben so ausgemacht ist es, daß der Kaiser Karl der Fünfte sowohl darin, daß er den Diebstahl einer Monstrantz mit dem Feuer zu bestrafen befiehlet [qqqqqqq]), als sonst bey einer jeden Art von Kirchen-

nnnnnnn) cit. L. 2. de arb. furt. caesar. v. Sciendum est autem, eos qui arbores et maxime vites ceciderint, etiam tanquam latrones puniri.

ooooooo) Art. 171. P. G. O. "Item stelen von geweihten Dingen oder stetten ist schwerer dann ander Diebstal und geschicht inn dreierley weiß. Zum ersten, wann eyner etwas heyligs oder geweihts stilt an geweihten stetten. Zum andern, wann eyner etwas geweihts an ungeweihten stetten stilt. Zum dritten, wann eyner ungeweihte Ding an geweihten stetten stilt."

ppppppp) Can. 21. Caus. XVII. q. 4. v. Similiter sacrilegium committitur *auferendo sacrum de sacro, vel non sacrum de sacro, siue sacrum de non sacro.* BOEHMER *Diss. II. de variis sacrilegii speciebus ex mente Iuris Canonici. Halae 1726. 1727.*

qqqqqqq) Art. 172. P. G. O. "Item so eyner eyn Monstrantzen stilt, da daß heylig Sacrament des Altars inn ist, soll mit dem Fewr vom Leben zum Todt gestrafft werden."

Kirchenraube, die Lehrsätze seiner Religion vor Augen gehabt habe rrrrrrr), wenn gleich im übrigen ausser dem Diebstahl einer Monstranz, nicht eigentlich zu behaupten stehet, daß der Kaiser bey anderen Arten des Sacrilegiums die Grösse der Strafe am meisten nach der Grösse der Heiligkeit, und nicht, wie gleichwohl würklich geschehen, nach dem allgemeinen Werthe der entwandten Sachen bestimmet habe sssssss). Bey den Protestanten können bey der Verschiedenheit der Grundsätze *in* Religions-Sachen die in der peinlichen Gerichts-Ordnung des Sacrilegiums wegen bestimmte Strafen nicht füglich zur Anwendung kommen, ob man gleich die Kirchenräuber wegen des gleichwohl vorhandenen höheren Grades des Vorsatzes und der Verletzung der öffentlichen Sicherheit, in soferne nicht von der Todesstrafe, als in Absicht welcher es bey den gemeinen Grundsätzen von Diebstählen das Bewenden behält ttttttt), die Rede

rrrrrrr) Heißlers Erleuterung des 172. und 174sten Artikels der peinlichen Halsgerichts-Ordnung Keyser Carls des 5ten aus den Glaubens-Sätzen und der Liturgie der Römischen Kirche, s. des berühmten Herrn Professor Schotts juristisches Wochenblatt *P. IV. p. 134. seqq.*

sssssss) Herr Vicekanzler Koch *in Instit. Iur. Crimin. §. 228. 229.* BOEHMER *ad art. 172. CC. §. 2.* Die gegenseitige Meynung behauptet ENGAV *in Element. Iur. Crimin. §. 133.*

ttttttt) BOEHMER *ad art. 174. §. 3.* Herr Hofrath HOMMELS *Rapf. Obf. 54.* Herr Hofrath Eisenhart in den Rechtshändeln im 3ten Theil *n. 12.*

de ist, gewöhnlich schärfer, als andere Diebe, zu bestrafen pfleget uuuuuuu).

Wie, angeführtermassen, die Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung xxxxxxx), nach welcher der Hüter eines Gefängnisses dieselbe Strafe, welche der entflohene Gefangene verwirket hatte, leiden soll, den deutschen Gewohnheiten nicht zuwider ist yyyyyyy), so ist sie auch besonders dem Römischen Rechte zzzzzzz) gemäß, als worinnen auch die Gleichheit der Strafe, besonders in einem solchen Fall, ausdrücklich vorgeschrieben ist.

Da man in den älteren Zeiten in Deutschland keine geschriebene Acten und Protocolle formirte, vielmehr damit sich zu begnügen pflegte, den Angeschuldigten auf seine in Gegenwart des Richters und der Schöpfen gethane Aussage zu verurtheilen, so ist es nicht zu bezweifeln, daß die Einführung

uuuuuuu) Meine Grundsätze des deutschen peinl. Rechts §. 388.

xxxxxxx) Art. 180. P. G. O. "Item so eyn Hüter "der peinlichen gefengknuß eynem der peinliche straff "verwirkt aushilfft, der hat dieselbig peinlich straff "anstatt des übelthätters, den er also außgelassen, "verwirckt."

yyyyyyy) S. diese Beyträge im 1sten Stück *n. VII.*

zzzzzzz) *L. 4. C. de custod. reor.* v. ad commentariensem receptarum personarum custodia obseruatioque pertineat: nec putet hominem abiectum atque vilem obiiciendum esse iudici, si reus modo aliquo fuerit elapsus. *Nam ipsum volumus huiusmodi poena consumi, cui obnoxius docebitur fuisse qui fugerit.*

führung des Römischen und Canonischen Rechts zu dem allgemeinen Gebrauch der Gerichtsschreiber in allen und jeden peinlichen Gerichten die Veranlassung gegeben [aaaaaaaa]), und Kaiser Karl der Fünfte jenen Rechten gemäß, die Pflichten der Gerichtsschreiber besonders und ausführlich bestimmet habe [bbbbbbbb]).

Wenn gleich, angeführtermassen, die Aushauung mit Ruthen auch bey den alten Deutschen bekannt war, und theils den Verlust der Ehre zur Folge hatte, theils ohne dieselbe statt finden konnte [cccccccc]), so ist es doch wahrscheinlich, daß die von dem Kaiser Karl dem Fünften verschiedener Verbrechen wegen besonders geschehene Bestättigung dieser Strafe [dddddddd]), auf die Römischen Rechte eine Beziehung habe, als nach welchen sie zu den gewöhnlichen Leibesstrafen gehörte [eeeeeeee]).

Von

aaaaaaaa) *Nouella 73. cap. 5. Nouell. 82. pr. cap. 11. X. de probat. c. 11. de Rescr. in 6.*

bbbbbbbb) Art. 1. 5. 46. 47. 56. 94. 181. 183. 184. 188. 189. 190. 191. P. G. O.

cccccccc) HEINECCIVS *in Element. Iur. Germanici Lib. 2. Tit. 30. §. 374.*

dddddddd) Art. 115. 159. 198. P. G. O.

eeeeeeee) *L. 6.* und *7. D. de poen.* v. Et sunt poenae, quae aut vitam adimant, aut seruitutem iniungant, aut ciuitatem auferant, aut exilium, aut coercitionem corporis contineant. Veluti fustium admonitio, flagellorum castigatio, vinculorum verberatio. Wie insbesondere die eigentliche fustigatio, oder fustium admonitio von der flagellatione unterschieden gewesen, bemerket vollständig BOEHMER *ad art. 198. CC. §. 2.*

Von dem heutigen Gebrauch des Staubbesems ist in derjenigen Abhandlung, worauf die gegenwärtige sich beziehet, bereits mit mehrerem gehandelt worden [ffffff]).

Die in der peinlichen Gerichts-Ordnung ausdrücklich befohlne Aufzeichnung der Güther flüchtiger Uebelthäter [gggggggg]) ist zwar sowenig den Gewohnheiten der alten Deutschen, als dem Römischen Rechte [hhhhhhhh]) zuwider, vielmehr mit beyden übereinstimmend; allein, sowohl die Art und Weise, wie die Aufzeichnung der Güther zu geschehen pfleget, als besonders die Folgen derselben, sind von demjenigen sehr unterschieden, was hierunter nach den alten deutschen [iiiiiii]) und Römischen Gesetzen [kkkkkkk]) statt fand [llllll]).

ffffff) Diese Beyträge im 1sten Stück *n. VII.*

gggggggg) Art. 206. P. G. O.

hhhhhhhh) *Tit. Digest. et Cod. de requirendis reis.*

iiiiiii) Das angezogene Stück dieser Beyträge.

kkkkkkk) *L. 5. D. de requirendis vel absent. damnand.* v. mandatis cauetur, intra annum requirendorum bona obsignari, vt si redierint et se purgauerint, integram rem suam habeant, si neque responderint, neque, qui se defendant, habuerint: tunc post annum bona in fiscum coguntur, s. auch *L. 1.* und *2. C. de requirend. reis.*

llllll) Die Art und Weise wie nach dem heutigen Gerichtsbrauch bey Aufzeichnung der Güther flüchtiger Verbrecher verfahren werde, imgleichen die Folgen, die daher erwachsen, sind mit mehrerem in meinen Grundsätzen des deutschen peinlichen Rechts §. 830. beschrieben.

Wann endlich Kaiser Karl der Fünfte mmmmmmmmmm) die ehemahlige Einziehung, oder den Verlust der Güther als eine Folge der Todes- oder einer ehrlosen Strafe, ausser dem Fall der beleidigten Majestät, ausdrücklich verwirft, so ist es wohl unstreitig, daß es mit dieser Vorschrift auf eine Einschränkung der Römischen Rechte angesehen sey, als nach welchen das Vermögen derjenigen, die wegen ihrer Verbrechen Serui poenae wurden, nach den älteren Gesetzen schlechterdings nnnnnnnn), nach den neueren aber nur bey dem Mangel der Kinder und solcher Blutsfreunde, die mit ihnen im dritten Grade der bürgerlichen Berechnung verwandt waren, dem Fisco anheim fiel oooooooo).

Diese Fälle, die ich bloß auszugsweise angeführet habe, und die freylich noch um einen guten Theil vermehret werden können, zeigen den grossen Einfluß der Römischen und Canonischen Rechte in eine richtige Erklärung der peinlichen

Gerichts-

mmmmmmmmmm) Art. 218. P. G. O.

nnnnnnnn) *L. 1. pr. de bon. damnat.* v. Damnatione bona publicantur, cum aut vita adimitur, aut ciuitas, aut seruilis conditio irrogatur. *L. 8. C. de poen.* Deportatorum in insulam ab eo, cui id faciendi Ius erat, bona fisco vindicantur: relegatorum autem non nisi sententia specialiter adempta fuerint. *L. 4.* und *10. pr. C. de interdict. et relegat.*

oooooooo) Nouella 134. cap. fin. Nouella 17. c. 12. Authent. bona damnat. C. de bon. Proscript.

Gerichts-Ordnung, und geben, meinem wenigen Bedünken nach, zu erkennen, daß ohne gründliche Kenntniß der ersteren, die letztere eben sowenig gründlich erkläret werden könne, als solches bereits oben von den Gesetzen und Gewohnheiten der alten Deutschen durch verschiedene Beyspiele bewiesen worden. Der Nutzen beyder Abhandlungen ist erreichet, wenn sie denjenigen, welche die peinliche Rechtsgelahrtheit zu erlernen sich vorgesetzet haben, Anreizung giebet, die bemeldeten so unentbehrlichen Hülfswissenschaften mit allem nur möglichen Fleiß zu erlernen.

XV.

Ob Meyerleute wegen ihres Begehrens, daß ihnen bey Ablieferung ihrer Zinsfrüchte eine Mahlzeit gebühre, bey dem für sich angeführten Besitzstande zu schützen seyn?

In einem benachbarten Lande klagten gewisse Meyerleute, oder Censiten wider ihre Guthsherrschaft, daß letztere ihnen jetzt diejenige Mahlzeit bey Ablieferung ihrer Zinsfrüchte versage, die ihnen gleichwohl observanzmässig gebühre. Die beklagte Guthsherrschaft stellte nun zwar bey ihrer Vernehmlassung nicht in Abrede, daß den Klägern bey Ablieferung ihrer Zinsfrüchte zuweilen eine Mahlzeit gegeben worden; allein dieses sey freywillig, oder precario geschehen, mache daher keine Verbindlichkeit aus, auch habe man den Meyerleuten nur sodann, wenn es gerade Mittag gewesen wäre, aus blosser Güte mit essen lassen. Obgleich der Beklagte bat, die Kläger unter Vertheilung in die Kosten mit ihrer Klage ab, und zur Ruhe zu verweisen, so wurde gleichwohl von dem Richter in der ersten Instanz erkannt: daß die Kläger bey ihrem bisherigen Besitz zu schützen, den Beklagten aber der Beweis der Exceptionis precarii annoch binnen Ordnungsfrist bleiben solle. Der Beklagte appellirte hievon an ein höheres Gericht und setzte seine Be-

schwerde

schwerde wider das Erkenntniß der ersten Instanz vorzüglich darin, daß die Kläger für Besitzer angenommen werden wollen, da er gleichwohl ihren Besitz standhaft leugne. Letzteren läge vor allen Dingen ob, den Grund ihrer Klage gehörig zu beweisen, da bekannten Rechten nach, der Beklagte zum Beweise seiner Exceptionum niemahl eher angehalten werden könne, als bis der Kläger sein fundamentum agendi gehörig bewiesen hätte [a]). Uebrigens lasse sich bey einem precario kein Besitzstand nach ausdrücklicher Vorschrift der Gesetze gedenken [b]), und um deswillen bat er, daß den Klägern vor allen Dingen aufgegeben werden mögte, ihr eigentliches fundamentum agendi näher darzuthun. Allein, es ward nichts desto weniger in puncto Releuantiae grauaminum dahin erkannt: daß, weil Appellant in seiner bey dem Iudicio a quo eingereichten exceptivischen Nothdurft nicht entkennen mögen, daß den Appellaten bey Ablieferung ihrer Zinsfrüchte Mahlzeiten gereichet worden, und sich nur in der exceptione precarii gründe, so habe es bey dem Decreto a quo lediglich sein Bewenden. Wie nun hienächst Remissio Actorum an das Niedergericht erfolgte, so erließ das letztere folgendes Decret: Daß Implorant, weil er seine gemachte exceptionem

a) *L. 2. D.* und *L. 8. C. de probat.*

b) *L. 6. §. 2. D. de precario* v. is, qui rogauit, vt precario in fundo moretur, non possidet, sed possessio apud eum qui concessit remanet. nam et fructuarius (inquit) et colonus sunt in praedio: et tamen non possident.

nem precarii nicht bewiesen habe, schuldig seyn solle, den Imploraten die vorhin gebräuchliche Speisung bey Ablieferung ihrer Zins- und Meyerfrüchte ferner zu reichen, auch denenselben die verursachten Kosten zu ersetzen. Hievon appellirte der Beklagte aufs neue. Er meynte, es gereiche ihm besonders zur Beschwerde, daß er die vorhin gebräuchliche Speisung bey Ablieferung der Zins- und Meyergefälle den Klägern ferner zu reichen schuldig erkannt worden, da er gleichwohl den aufgelegten Beweis dadurch, wenigstens artificialiter, zu führen gesuchet hätte, daß er auf gegenseitige Vermuthungen sich berufen habe. Denn, die angesehensten Rechtslehrer nähmen es als eine unbestrittene Rechtswahrheit an, daß eine Verbindlichkeit, den Meyerleuten bey Ablieferung ihrer Gefälle eine Mahlzeit geben zu müssen, nicht zu vermuthen stehe [c]). Hieran sey auch um so weniger zu zweifeln, als es widersinnig seyn würde, den Meyerleuten ihre an und für sich unbeträchtlichen Ablieferungen, wozu sie gleichwohl verpflichtet wären, solchergestalt vergüten zu wollen. Ueberdieß erhielten sie wegen ihrer Abgiften, wenigstens zum Theil, häufig eine Erlassung, die sodann auf die Mahlzeit verhältnißmässig gerechnet werden müßte, welches aber ins Lächerliche fiele. Da ferner die Meyergefälle sehr oft des Nachmittags entrichtet würden, so wäre nichts, als Unordnung im Hauswesen des Meyer-

c) STRVBEN *in access. ad Comm. de Iur. Villic.* n. 18.

Meyerherrn zu besorgen, wenn er auch sodann die Verbindlichkeit haben sollte, seinen Meyerleuten eine Mahlzeit von Rechtswegen geben zu müssen. Beklagter berief sich ferner auf eine gegenseitige Gewohnheit in der Nachbarschaft, und behauptete, daß, wenn seine Meyerleute hierunter einen Vorzug zu haben behaupteten, sie den gegenseitigen Beweis durch ihre Meyerbriefe, deren Vorzeigung auch ausdrücklich verlanget wurde, führen müßten. Er bat hienächst, seine probationem artificialem für hinreichend anzunehmen, und die Kläger mittelst Vertheilung in die Kosten abzuweisen. Allein die eingewandte Appellation wurde nichts desto weniger wegen der Unerbeblichkeit der Beschwerden, und weil Beklagter den Beweis des precarii nicht geführet hatte, aufs neue verworfen. Jener ergrif wider dieses Erkenntniß das nach den Landesgesetzen zulässige Remedium Supplicationis. In der freygelassenen weiteren Ausführung der Beschwerden wurden die vorigen Gründe von ihm mehrentheils wiederholet, und noch besonders angeführet, daß der vorige Guthsbesitzer, des beklagten Vater, aus einer zu grossen Neigung zur Gutherzigkeit seinen Meyerleuten bey der Ablieferung ihrer Zinsfrüchte wohl eine Mahlzeit gegeben hätte; allein, dieses sey rechtswidrig und könne dem Beklagten, als dem Nachfolger, keine Verbindlichkeit auflegen [d]). In dieser Voraussetzung habe er seinen Meyerleuten bey Ablieferung ihrer Abgiften wohl zuweilen

d) MASCARD *de Probat. Vol. I. Concl. 188. n. 23.*

len ein Butterbrodt reichen lassen, doch habe solches lediglich in seiner Guthheit seinen Grund gehabt. Weiter bezog er sich auf eine Verordnung des höhern Gerichts in den älteren Zeiten, nach welcher auf geschehene Anfrage eines vorigen Guthsbesitzers da dessen damahlige Meyer sogar wegen gelieferter vier Besem und eines Huhns, eine Mahlzeit begehret hätten, demselben geantwortet worden, solche nicht zu gestatten. Endlich meynte Beklagter, es müsse der bekannte Rechtssatz, daß derjenige, welcher bey jemand aus blosser Gastfreyheit viele Jahre herdurch gewohnet hätte, dadurch niemahl ein Recht erlangen, und folglich dieserhalb die Verjährung einwenden könne [e]), in gegenwärtigem Fall, da einerley Umstände vorhanden wären, billig statt finden. Er bat in Beyhaltung dieser Gründe um Aufhebung des vorigen Erkenntnisses, und zugleich um Verschickung der Acten; die Kläger aber brachten ihre gegenschliessliche Verhandlung nicht ein, und wurden solchergestalt damit abgewiesen. Die Acten kamen an die hiesige Facultät.

Es schien nun zwar freylich, daß nicht sowohl ein Endurthel gefället werden könnte, als vielmehr vorläufig auf die Vorzeigung der Meyerbriefe erkannt werden müsse. Denn, hieraus konnte, allen Ansehen nach, der Grund der Klage nur allein beurtheilet werden, da die Meyerbriefe die

e) BESOLD *P. 3. Conf. 118. n. 70.* MAYER *de ad uoc. armat. cap. 10. n. 303.*

die eigentliche Beschaffenheit der wechselseitigen Verbindlichkeiten um so mehr bestimmen mußten, als die Meyer der Regel nach, fast bloß für Miethsleute anzusehen sind, und der letzteren Rechte zu geniessen pflegen [f]). In Ermangelung der Meyerbriefe, schien in Beyhaltung der oben angeführten Gründe aber die Vermuthung für den Beklagten zu streiten, und die exceptio precarii in aller Absicht begründet zu seyn. Denn, wenn gleich den Gesetzen nach ein jedes precarium eine vorgängige Bitte, und die Vorbehaltung eines allenfalsigen Wiederrufs desjenigen, der das precarium einräumet, voraussetzet [g]), so behaupten gleichwohl angesehene Rechtslehrer, daß bey der Bestimmung: Ob ein precarium vorhanden sey, oder nicht? nicht sowohl auf jene Eigenschaften, als vielmehr auf die Umstände, und ob nach letzteren ein precarium vernünftiger Weise zu vermuthen sey, oder nicht? lediglich gesehen werden müsse [h]). An solchen Umständen schien es nun in dem vorliegenden Fall nicht im geringsten zu ermangeln, da eines Theils die Kläger auch nicht einen einzigen Fall

f) Der berühmte Herr von Selchow *in Element. Iur. German. priuat. hodiern.* §. 389.

g) *L. 1. pr. D. de precario.* v. Precarium est quod precibus petenti vtendum conceditur tamdiu, quam diu is, qui concessit, patitur *add. L. 1. §. 1. 2. L. 2. §. 2. L. 12. L. 15. pr. de precar.*

h) LEYSER *Spec. 510. Med. 1—4.*

Fall angeführet, oder sich darauf berufen hatten, da auf ihr blosses Verlangen, oder vermöge einer Art von Schuldigkeit ihnen die Mahlzeiten wären gereichet worden. In dieser Hinsicht war daher dem Ansehen nach die Exceptio precarii des Beklagten in alle Wege gegründet, zumahl die Kläger den Einwand, daß in der ganzen Nachbarschaft den Meyern bey Ablieferung ihrer Zinsfrüchte keine Mahlzeiten gegeben würden, nicht wiederleget, oder das Gegentheil bewiesen hatten, oder wenigstens schiene doch bey so bewandten Umständen kein genugsamer Grund vorhanden zu seyn, um die Kläger bey ihrem vermeynten Besitzstande schützen zu können.

Allein, diesem allen ohngeachtet konnte es zuvörderst auf eine vorläufige Vorzeigung der Meyerbriefe um soweniger ankommen, als in dem gegenwärtigen Fall noch nicht von dem eigentlichen Rechtsstande, oder dem Petitorio, als vielmehr nur davon: Ob die Klägere sich im Besitzstande, oder in der possessione vel quasi der begehrten Mahlzeiten würklich befänden? die Rede war, zumahl der Satz zu den bekannten, oder ausgemachten Rechtswahrheiten gehöret, daß bey allen und jeden Streitigkeiten am allermeisten und vor allen Dingen auf dem Besitz, und wer sich darin eigentlich befinde, gesehen werden müsse [i]). Daß aber die Klägere dermahlen sich würklich in der possessione vel quasi der begehrten Mahlzeiten

i) CRAMER *in Obseruat. Iur. Vniuers. Tom. III. Obs. 836.*

ten befänden, begehrte der Beklagte nach Ausweisung seiner exceptivischen Nothdurft und den anderweitigen Verhandlungen nicht abzuläugnen, sondern er suchte nur seine Verbindlichkeit durch die Behauptung, daß die verlangte Mahlzeit lediglich bittweise, oder precario gegeben worden, zu bestreiten. Diese Ablehnung aber, oder die exceptionem precarii mußte der Beklagte um so mehr rechtlicher Art nach beweisen, als schon ein jeder Kläger den Beweis seiner Einreden, oder vorgebrachten Exceptionum zu führen hat [k]). Ein solcher Beweis war dem Kläger auch ebenfals in allen vorhergehenden Erkenntnissen rechtskräftig aufgeleget worden. Es kann aber derselbe bloß durch gegenseitige Vermuthungen, wie der Kläger zu thun suchte, um so weniger geführet werden, als die Kläger ihre gemachten Ansprüche an den zu gebenden Mahlzeiten nicht sowohl auf dem Rechts- als vielmehr auf dem Besitzstande gründeten. Hingegen konnte eine gegenseitige Observanz in der Nachbarschaft um soweniger in Betracht kommen, als solche eines Theils nicht bewiesen war, vielmehr von Seiten des Gerichts sogar das Gegentheil bezeuget wurde, und andern Theils eine gegenseitige Observanz ge-

 gen

k) *L. 19. D. de probat.* v. In exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere: ipsumque exceptionem, velut intentionem implere. *L. 1. C. de probat.* v. vt creditor qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rursus debitor qui solutam affirmat, eius rei probationem praestare debet.

gen den bewiesenen Besitzstand nicht angezogen werden konnte. Dasjenige aber, was das höhere Gericht einem ehemahligen Guthsbesitzer auf geschehene Anfrage, ob den Meyerleuten bey Ablieferung ihrer Zinsfrüchte, oder Meyergefälle eine Mahlzeit von Rechtswegen begehren könnten? geantwortet hatte, konnte um soweniger einen Einfluß auf die gegenwärtige Entscheidung haben, als eines Theils die eigentlichen Umstände davon gänzlich unbekannt waren, und andern Theils ausgemachten Rechtens ist, daß in Partheysachen nicht allein die ergangenen Decrete, sondern sogar Landesherrliche Rescripte in Ermangelung einer Erklärung vom Gegentheil und einer förmlichen Eröfnung derselben, bloß den Richter verbinden, oder wenigstens nur auf den einzelnen Fall, worauf sie sich beziehen, Einfluß haben können [l]). Vermöge dieser Gründe wurden der eingewandten Supplication ohngeachtet, die vorigen Erkenntnisse schlechterdings bestättiget, die Kläger bey dem Besitzstande geschützet, und der Beklagte in die Kosten verurtheilet.

l) BOEHMER *in Iur. Eccl. Protest. Lib. 1. Tit. 3. §. 22.* SCHAVMBVRG *in Compend. Digest. Lib. 1. Tit. 4. §. 6.* Der berühmte Herr Hofrath SCHMIDT *Inst. Iur. Ciuilis. Ien. 1771. §. 184 — 186.*

XVI. Von

XVI.

Von den zur Sicherheit einzelner Leute, die mit schweren oder leichten Uebeln von andern bedrohet werden, zu nehmenden Maaßregeln.

Um den Fall, von dem die Rede ist, gehörig zu bestimmen, kommt zuvörderst alles auf den Unterschied an, ob die Drohungen sich zugleich auf ein ganzes Land, Stadt, oder Gemeinde beziehen [a]), auch ob dabey von der wahren Absicht des Urhebers, sie würklich in Erfüllung bringen zu wollen, auffallende Beweise [b]) vorhanden seyn, und ob solchergestalt einem Lande, Stadt, oder Gemeinde eine eigentliche Fehde angekündiget werde [c])? oder, ob die Drohungen

a) Andere Rechtslehrer wollen jedoch, daß, ohne auf das Subject, worauf die Drohung sich beziehet, zu sehen, ein eigentlicher Landzwang überhaupt vorhanden sey, wenn die Beschaffenheit der Drohung an und für sich zu erkennen giebet, daß es damit auf eine eigentliche Befehdung, oder einen Privatkrieg angesehen sey. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 37. Obs. 6.*

b) CARPZOV. *P. 4. Const. XV. Def. 4.* Herr Vicekanzler Koch *in Instit. Iur. Crimin. §. 602.* Daß ein Landzwang auch in blossen Worten bestehen, und solchergestalt zu Stande kommen könne, behauptet LEYSER *Spec. 553. n. 9.*

c) Herr geheimer Regierungsrath HELLFELD *in*

hungen lediglich auf einzelne Menschen gerichtet sind? In dem ersten Fall ist ein eigentlicher Landzwang vorhanden, worauf die peinliche Gerichts-Ordnung und andere deutsche Reichsgesetze die Strafe des Schwerdts setzen, und zwar ohne dabey die Entschuldigungs-Gründe des Landzwingers, daß er nicht die Absicht gehabt habe, seine Drohungen in Erfüllung zu bringen, in Betracht zu ziehen, und ohne darauf zu sehen, ob ihn der Mangel einer bequemen Gelegenheit, oder der Zufall an der würklichen Ausführung seines Vorhabens gehindert habe [d]).

Beziehen sich aber die ausgestossenen Drohungen lediglich auf die vorhabende Beschädigung einzelner Menschen, als wovon ich gegenwärtig allein

in Annotatt. ad ENGAVII *Elementa Iuris Criminalis* §. 500.

d) Art. 128. 129. P. G. O. R. A. von 1548. §. in was für gesuchten Schein es geschehe. LUDOVICI *Diss. de effectu poenitent. in crimin. c.* 3. §. 14. Hätte jedoch die eigene Reue den Landzwinger von der Vollendung seines bösen Vorhabens abgehalten, so pfleget man ihn gewöhnlich entweder mit dem Staubbesem zu bestrafen, oder zu den öffentlichen Arbeiten zu verurtheilen. BASTINELLER *de effect. poenitent. in delict.* §. 21. Nach der Meynung verschiedener Rechtslehrer ist auch das Einwerfen der Brandbriefe bey dem Mangel eines bereits zur würklichen Ausführung gemachten Versuchs, und in Entstehung besonderer Landesgesetze, auf eben angeführte Weise zu bestrafen. KRESS *ad art.* 129. CC. HOMMEL *Obs.* 130.

allein handle, so soll nach Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung derjenige, von welchem sie herrühren, wenn sie anders, wie sich von selbst versteht, gehörig zu beweisen sind, entweder hinlänglichen Vorstand und Sicherheit nach dem Ermessen des Gerichts bestellen, daß er seine Drohungen niemahl zur Ausführung bringen wolle, oder er soll auch in Ermangelung dessen, in gefängliche Gewahrsam gebracht werden e). In dieser Gewahrsam muß nach ausdrücklicher Verordnung der peinlichen Gerichts-Ordnung der Gefangene sich aus seinen eigenen Mitteln erhalten, in deren Ermangelung aber der Ankläger, und auch bey dessen Unvermögen der Fiscus die erfoderlichen

e) Art. 176. P. G. O. in den Worten: "item so sich "jemandt eyner Missethath ꝛc. von underſtandenen "Missethaten geschrieben steht, genommen werden "möchte, und aus jezt gemelten oder andern ge-"nugsamen Ursachen, eyner Person nicht zu ver-"trawen oder zu glauben wer, das sie die Leut gewalt-"samer thätlicher Beschedigung und übels vertrüg, "und bey Recht und Billigheit bleiben ließ, und sich "sollichs zu Recht genug erfünde und dann dieselbig "Person deshalb keyn notturfft, Caution, Ge-"wißheit oder sicherheyt machen kündt, solchen künff-"tigen unrechtlichen schaden und übel zu fürkommen, "soll dieselbig unglaubhafftige boßhafftige Person in "gefengknuß, als lang biß die nach erkandnuß deß-"selben gerichts, gnugsame Caution, sicherung und "bestandt für solche unrechtliche thätliche handlung "thut, durch die Schöffen rechtlich erkanndt wer-"den, jedoch soll solch straff nit leichtfertiglich oder "ohn merklich Verdächtlichheyt künftigs übels, (als "obsteht) sondern mit Rath der Rechtverstendigen "beschehen."

derlichen Kosten tragen soll [f]). Nach den gegründeten Bemerkungen der Rechtslehrer muß indessen die Obrigkeit bey der Mittellosigkeit des Angeschuldigten dergleichen Kosten allemahl von Amtswegen übernehmen, wenn der Bedrohete nicht sowohl vermittelst einer förmlichen Anklage, als vielmehr mittelst einer blossen Anzeige auf die Bestellung hinlänglicher Sicherheit angetragen, oder auch die Obrigkeit die letztere von Amtswegen verfüget hätte [g]). Die mehrsten Ausleger des 176sten Artikels der peinlichen Gerichts-Ordnung bleiben gewöhnlich bey dem Buchstaben desselben, inzwischen pflegen andere einen Unterscheid zu machen, ob die Drohworte lediglich in der Hitze des Zorns ausgestossen, oder ob sie vielmehr mit völliger Ueberlegung geschehen. In dem ersten Fall wollen sie den Angeschuldigten auf etliche Tage zum Gefängniß verurtheilet, oder sonst verhältnißmässig bestrafet [h]) und dabey zur eydlichen Angelobung, seine Bedrohung niemahl zur

f) Art. 176. P. G. O. in den Worten: "Und wo "er sich aus seinen selbs güttern, inn sollicher ge-"fengknuß zu enthalten nit vermöcht, so soll als-"denn durch den Ankläger zu seiner enthaltnuß dem "Büttel sein gebürlich wartgelt, nach ermessung des "Richters gegeben werden, und er der Ankläger der-"halb zinlich beistandt thun. Wo nun der Anklä-"ger sollichen Kosten auch nit vermöcht, soll die "Oberkeyt denselben Kosten tragen.„

g) BOEHMER *ad* CARPZOV. *q. 38. Obs. 8.* und *in Meditatt. ad CC. art. 137. §. 4.*

h) LEYSER *Spec. 553. n. 22.*

zur würklichen Ausführung bringen zu wollen, angehalten wissen [i]). In dem andern Fall aber behaupten die meisten, daß der Angeschuldigte, wenn anders seine gemachte Drohung bestimmt und deutlich gewesen, einen hinlänglichen Vorstand, dessen Grösse nach Beschaffenheit der Umstände von Gerichtswegen zu bestimmen ist, bestellen, in dessen Ermangelung mitlerweile in gefängliche Gewahrsam gebracht werden müsse [k]). Ob nun zwar jener Vorstand der Regel nach durch sichere Bürgen, oder genugsame Pfänder zu bestellen ist [l]), so pfleget man doch den Besitzer liegender Gründe, oder unbeweglicher Güther mit dieser Art von Sicherheitsleistung zu verschonen, wenn er eine unterpfändliche Verschreibung auf ein unbewegliches Guth zu einer gewissen nach richterlichem Ermessen zu bestimmenden Summe gerichtlich einreichet [m]). Einen bloß mittelst Eydes zu leistenden Vorstand aber pfleget man gewöhnlich nur sodann zu zulassen, wenn die Drohworte entweder lediglich in der Hitze bey trunkenem Muthe, und daher ohne ge-

 nugsame

i) *Nouella 112. cap. 2.* Estor in den Anfangsgründen des gemeinen und Reichsprocesses Tit. 272. §. 2160.

k) ROTH *de cautione de non offendendo cap. 2. §. 5.*

l) BERGER *in Oeconomia Iuris Lib. 3. Tit. 9. Th. 15. n. 7.* HERCVLANVS *de cautione de non offendendo.* CARPZOV. *c. l. Def. 6.*

m) Estor a. O. LEYSER *c. l. n. 20.*

nugsame Ueberlegung ausgestossen, oder wenigstens unbestimmt und zweydeutig sind. Wenn aber die Drohworte völlig bestimmt und deutlich sind, und daher ein schweres Uebel zu befahren seyn mögte, so will man einen eydlichen Vorstand nicht anders für genügend achten, als wenn der Angeschuldigte sonst von gutem Leben und Wandel, und solchergestalt die Begehung eines Meyneydes mit Grunde nicht zu befürchten, auch überdieß der Bedrohete, nachdem er darüber gehöret worden, mit der Leistung eines eydlichen Vorstandes völlig zufrieden ist [n]). Nach den Bemerkungen berühmter Rechtslehrer [o]) muß die Grösse der dem Bedroheten zu leistenden Sicherheit darnach am meisten beurtheilet werden, ob das angedrohete Uebel, wenn es würklich zu Stande käme, dem Bedroheten einen unersetzlichen Schaden an seinem Leibe, Leben, Ehre, oder Güthern zuziehen könnte oder nicht? In dem ersten Fall verwerfen sie die Bestellung eines blossen Vorstandes zur Sicherheit des Bedroheten gänzlich, und wollen den Angeschuldigten schlechterdings so lange zur gefänglichen Gewahrsam gebracht wissen, bis er ganz ungezweifelte Merkmahle seiner Sinnesänderung zu erkennen giebet.

Nach

n) MENCKEN *in Theor. et Prax.* §. 65. CARPZOV. *c. l. Def.* 8. Estor a. O. BOEHMER *ad* CARPZOV. *q.* 37. *Obs.* 7. und *ad art.* 176. CC. §. 4.

o) BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.* und *ad art.* 176. CC.

Nach den Meinungen anderer Rechtslehrer soll er in diesem Fall auf seine ganze Lebenszeit zu öffentlichen Arbeiten verurtheilet werden [p]). Wären aber die angedroheten Uebel nicht von der Beschaffenheit, daß sie den Bedroheten bey würklicher Ausführung unvermeidlich unglücklich machen könnten, so lassen sie es bey der Vorschrift der Gesetze, nach welcher der Angeschuldigte, wenn er genugsamen Vorstand zu leisten im Stande ist, mit der gefänglichen Einziehung zu verschonen sey, lediglich bewenden.

Da inzwischen wohl ohne Zweifel die allgemeine Vorschrift des Kaisers Karl des Fünften, daß derjenige, der einzelnen Personen Uebel drohet, entweder genugsamen Vorstand wegen der Nichterfüllung seiner Drohungen bestellen, oder an dessen statt in gefängliche Gewahrsam mitlerweile gebracht werden solle, nur als eine etwanige Anweisung für den Richter anzusehen ist, die näheren Bestimmungen aber, oder das richterliche Ermessen in keine Wege ausschliesset [q]), so will ich es versuchen, sowohl die Vorschrift der peinlichen Gerichts-Ordnung in dem angezogenen Fall näher zu bestimmen, als die verschiedenen Meynungen

p) KRESS *ad art. 176. CC. §. 2. n. 1.* Der berühmte Herr Hofrath Eisenhart im 3ten Theil der Rechtshändel *n.* 22. und im 4ten Theil *n.* 14. Der berühmte Herr Doctor Stein in der Abhandl. des Lübeckschen Rechts B. 4. Tit. 16. §. 565.

q) BOEHMER *ad* CARPZOV. *c. l.*

nungen der Rechtslehrer gewissermassen zu vereinigen. Meinem wenigen Bedünken nach ist nämlich vor allen Dingen zu unterscheiden: ob die angedroheten Uebel mittelbar, oder unmittelbar haben zur Ausführung gebracht werden sollen. In dem ersten Fall kommt alles darauf an: ob die Mittel, die der Angeschuldigte zur Ausführung seines Vorhabens gewählet hatte, die einzigen waren, die er wählen konnte, oder, ob er ausser denselben noch andere gebrauchen, oder wählen könne? wenn jenes ist, so bedarf es keiner besonderen Sicherheits-Bestellung, oder Leistung eines Vorstandes, vielmehr kann der Richter auf andere Wege, z. E. durch geschärfte Verbothe unter Androhung angemessener Strafen, allenfals auch durch Bestrafung des Angeschuldigten selbst, dessen Absicht leichtlich vereiteln. Wenn aber dieses ist, das heißt, wann der Angeschuldigte auch andere Mittel zur Ausführung seines Vorhabens wählen könnte, so würden meinem Bedünken nach, eben dieselben Grundsätze statt finden, die ich just von dem Fall, da die Drohungen unmittelbar haben zur Ausführung gebracht werden sollen, bemerken werde. Denn in diesem Fall ist ein Unterschied zu machen, ob die Uebel bestimmt, oder unbestimmt gedrohet worden? Ist das erste geschehen, so würde derjenige, der die Drohungen ausgestossen, ohne mit Leistung irgend einer Art von Vorstande zu gelassen zu werden, in gefängliche Gewahrsam zu bringen, und bey vorhandener Mittellosigkeit, zu

den

den öffentlichen Arbeiten zu verurtheilen seyn, wenn anders die Drohungen auf die Tödtung des Bedroheten, oder eines seiner Angehörigen, oder sonst auf die Zufügung eines unersetzlichen Unglücks sich bezögen, und dabey der Angeschuldigte ein solcher Mensch wäre, der die Drohungen nicht sowohl bey dem Ausbruch heftiger Leidenschaften, oder bey trunkenem Muthe, oder aus Leichtsinnigkeit, sondern vielmehr, den Umständen nach zu urtheilen, mit genugsamer Ueberlegung ausgestossen hatte. Bey dem Zusammenfluß dieser Umstände würde ich den Angeschuldigten, auch selbst bey scheinbaren Merkmahlen seiner Sinnesänderung nur sodann aus seiner Gewahrsam entlassen, wenn er sich zuvor dahin, daß er die Gegend, wo sich der Bedrohete aufhält, bey unausbleiblicher lebenswieriger Gefangenschaft, oder Zuchthausstrafe in Zukunft vermeiden wolle, feyerlich verpflichtete. Derjenige aber, der entweder aus Leichtsinn, oder in der Hitze des Zorns, oder bey trunkenem Muthe unersetzliche Uebel gedrohet hätte, würde, meinem Bedünken nach, eben sowohl, als derjenige, der mit Ueberlegung mindere, oder leichtlich zu ersetzende Uebel gedrohet hätte, bloß gerichtlich vorzufodern, und ihm die würkliche Ausführung seiner Drohungen bey einer geschärfteren Strafe, wie sonst, wenn die That ohne vorgängige Drohung ausgeführet worden, an und für sich nur hätte statt finden können, zu untersagen seyn. Der blosse Versuch, jene Uebel zur würklichen Ausführung zu bringen, wenn er

auch noch so entfernet gewesen wäre, könnte bey einer vierzehntägigen bis vierwöchigen Gefängnißstrafe verbothen werden. Hätte aber der Angeschuldigte gewisse Uebel unbestimmt gedrohet, so wäre er, meinem Bedünken nach, vorzufodern, und nach dem eigentlichen Sinn seiner gemachten Drohung gerichtlich zu befragen. Wenn er nun entweder sich erklärte, daß auf die beschriebenen unersetzlichen Uebel seine eigentliche Absicht gegangen sey, oder auch die von ihm gefoderte Erklärung verweigerte, inzwischen nach allen Umständen zu vermuthen stünde, daß es mit der unbestimmten Drohung auf die Ausführung eines unersetzlichen Uebels angesehen gewesen sey, so würde auch wieder ihn dergestalt, als von dem Fall, da bestimmte unersetzliche Uebel gedrohet sind, angeführet worden, lediglich zu verfahren seyn. Wenn er aber seine Erklärung dahin abgäbe, daß es entweder mit seinen Drohungen nichts auf sich gehabt, oder sie sich auch nur auf kleinere Uebel bezogen hätten, so könnte es auch bey einem geschärften Verbothe unter Androhung einer angemessenen Strafe das Bewenden behalten. Hätten Untergebene gegen ihre Vorgesetzte harte Drohungen ausgestossen, so sind sie nicht allein, bewandten Umständen nach, an ihrem Leibe, mit einem ein bis zweyjährigen Karrenschieben, oder sonst ihren Verbrechen angemessen, zu bestrafen, sondern es ist ihnen auch aller etwaniger Versuch, ihre ehemahligen Drohungen in Erfüllung zu bringen, bey lebenswierigem Vestungsbau zu verbieten.

Bezögen

Bezögen sich die ausgestossenen Drohungen auf eine wider den Bedroheten zu erhebende Anklage, ein abzulegendes Zeugniß, oder sonst auf ein unter obrigkeitlichem Ansehen zuzufügendes Uebel, so könnte der Bedrohete sich dadurch leichtlich in genugsame Sicherheit setzen, wenn er seinen Gegner gerichtlich auffoderte, die Richtigkeit dessen, was er in Zukunft zu seinem Nachtheil im Gericht vorbringen, oder worauf er sonst antragen wolle, sofort zu beweisen. Thäte er dieß nicht, so würde die unmittelbare oder natürliche Folge davon seyn, daß auch in Zukunft auf die etwa demnächst zu erhebende Anklage, oder auf das nachtheilige Zeugniß nicht weiter geachtet, sondern derjenige, der die Drohungen ausgestossen, mit seinem Zeugnisse und Anklage schlechterdings abgewiesen, überdieß als ein Injuriant bestrafet, und zur angemessenen Genugthuung angehalten werden müßte. Ein anderes unter obrigkeitlichem Ansehen zuzufügendes Uebel könnte nach dem Unterschiede, ob dessen Ausführung wahrscheinlich oder unwahrscheinlich wäre, entweder durch eine Anzeige bey dem Landesherrn, oder Oberrichter, oder sonst bey der Behörde, leichtlich abgewandt werden, wenn anders sowohl in diesen, als in den vorhergehenden Fällen der Bedrohete aus genugsamen Gründen besorgen müßte, daß der Angeschuldigte unter obrigkeitlichem Ansehen unvermuthet einen höchst nachtheiligen Streich wider ihn ausführen könnte. Denn, wäre das Gegentheil, und hätte der Bedrohete genugsame

Beweise seiner Unschuld in Händen, oder fehlte es ihm auch auf alle Fälle nicht an andern Mitteln zu einer genugsamen Sicherheit, so würde es auch von jenem lediglich abhängen, ob er sich der vorgeschlagenen Maaßregeln sofort bedienen, oder die Erfüllung der gemachten Drohungen bey völliger Ueberzeugung seiner gänzlichen Schuldlosigkeit geruhig abwarten wollte.

Eine unter Verlobten geschehene Drohung, die zwar auf ersetzliche, inzwischen doch sehr nachtheilige Uebel sich beziehet, veranlasset gewöhnlich die Aufhebung, oder Trennung des Verlöbnisses selbst [r]). Bey einer unter Ehegatten vorgefallenen Drohung aber pfleget man zu unterscheiden, ob sie sich auf ein ersetzliches, oder unersetzliches Uebel beziehe. In dem ersten Fall pflegen obrigkeitliche geschärfte Verbothe unter Androhung angemessener Bestrafung die gewöhnlichen Mittel der Sicherheit für den Bedroheten zu seyn, nach deren Fruchtlosigkeit auch vollzogener angedroheten Strafe aber allererst allenfals zur Trennung vom Tisch und Bett geschritten zu werden. Die letzte ist auch das gewöhnliche Mittel der Sicherheit sodann, wenn Ehegatten sich einander unersetzliche Uebel gedrohet haben. Inzwischen können nach Beschaffenheit der Umstände, diejenigen Maaßregeln, die von Androhung eines unersetzlichen Uebels im allgemeinen angeführet worden, auch bey Ehegatten in Anwendung

r) *Select. iurid. Rostoch. fascic. 2. Spec. 14. q. 4.*

dung kommen, obwohl man sich gewöhnlich mit einer von Tisch und Bett verfügten Trennung zu begnügen pfleget [s]).

Hätten Eltern ihren Kindern unersetzliche Uebel gedrohet, so pflegen die Kinder von ihnen genommen und auf ihre Kosten anderweit untergebracht zu werden. Nach diesen unmaßgeblichen Gedanken würde die Leistung eines Vorstandes, wenn einzelnen Personen gewisse Uebel gedrohet worden, zumahl sie ihrer Natur nach so wenige Sicherheit gewähret, von selbst wegfallen, und es daher so wenig eines durch Bürgen und Pfänder bestellten Vorstandes, als einer eydlichen Versicherung jemahl bedürfen können; aber, der unrechtmässige Drohungen ausgestossen hätte, ausser der bey verschiedenen Fällen schon angeführten Strafe, vornehmlich nach Beschaffenheit und Grösse der Drohungen und der sonstigen Umstände mit einer Leibes, Gefängnißstrafe, oder Geldbusse zu belegen seyn.

s) BOEHMER *ad art. 176.* CC. §. 2.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Quistorp, Johann Christian von, 1737-1795

Johann Christian Quistorps Beyträge zur Erläuterung verschiedener, mehrentheils unentschiedener Rechts-Materien aus der bürgerlichen und peinlichen Rechtsgelahrtheit
Bd.: 1. Bd. (1780), 3. Stück.

Rostock u.a. 1779

Bamberg, Staatsbibliothek -- .16 B 1#3
urn:nbn:de:bvb:12-bsb11402454-1
VD18 15448460-001